



# Controversen = Entscheidungen

des gemeinschaftlichen

Oberappellationsgerichts

des

Herzogthums Braunschweig

und der Fürstenthümer

Waldeck, Pyrmont, Lippe und Schaumburg-Lippe,

zu

Wolfenbüttel.

---

Gesammelt und mit Meditationen begleitet

von

Ph. Gottfr. Ludw. Wilh. Waldeck,

Fürstlich Waldeckischem und Fürstlich Schaumburg-Lippischem Ober-  
appellationsgerichtsrathe.

---

E r s t e r T h e i l.

---

Braunschweig,

Druck und Papier von Friedrich Vieweg und Sohn.

1 8 2 7.



Digitale Bibliothek Braunschweig  
http://www.digibib.tu-bs.de/?docid=00050914

Dem  
Durchlauchtigsten Fürsten  
**G e o r g H e i n r i c h**  
zu Waldeck und Pyrmont,  
und dem  
Durchlauchtigsten Fürsten  
**G e o r g W i l h e l m**  
zu Schaumburg-Lippe,  
Fürsten, denen die Gerechtigkeit über  
Alles geht,  
meinen  
Gnädigsten Fürsten und Herren  
  
in ehrfurchtsvoller Dankbarkeit gewidmet  
und  
unterthänigst zu Füßen gelegt.





## V o r r e d e.

---

**U**ebergroßer Reichthum an Controversen ist die bekannte krankhafte Eigenthümlichkeit unseres Gemeinen Rechts. Daß der Stoff dieser Krankheit in den Quellen dieses Rechts liege, ist dadurch bewiesen, daß das mehrere Jahrhunderte fortgesetzte Streben, in den Geist des fremden Rechts und unserer vaterländischen Rechtsinstitute einzudringen, die Krankheit nicht geheilet, vielleicht sogar die entgegengesetzte Wirkung hervorgebracht hat. Außer dem inneren Werthe des hohen Standes der Cultur der Rechtswissenschaft, haben wir aber jenen Forschungen namentlich zu verdanken, mit jener Krankheit vollständig bekannt geworden, und zu deren gründlichen Heilung in den Stand gesetzt zu seyn.

Der Legislation stehen hier zwei Heilmittel zu Gebote: einmal, Promulgation eines neuen Gesetzbuchs, und, zum Andern, authentische Entscheidung der Rechtscontroversen.

Ein neues Gesetzbuch mag wohl die Controversen des alten Rechts entfernen können, und dann verdient es schon gekrönt zu werden; es muß aber den Stoff zu neuen enthalten, weil die Gesetzgeber nur Menschen sind, und ihren Willen nur durch eine menschliche Sprache ausdrücken können.

Da aber, außerdem, durch jedes neue Gesetzbuch Störungen der bestehenden Rechtsverhältnisse hervorgebracht werden, in deren Folge Rechts- und Vermögens-Beschädigungen, und eine alle Bürger, vom höchsten bis zum niedrigsten, treffende Ungewißheit ihrer Befugnisse und Obliegenheiten, unvermeidlich sind:

die Einheit unserer Nation empfindlich getroffen wird, wenn, folgend dem übeln Absonderungs-Beispiel einiger deutschen

Staaten, noch mehrere derselben eigene Gesetzbücher, an die Stelle des der ganzen Nation Jahrhunderte hindurch gemeinschaftlich gewesenen Rechts, einführen;

so erscheint jenes erste Heilmittel — und saßen auch nur die Tüchtigsten im Rathe, und wäre es auch nicht wahr, was einst ein Minister gesagt haben soll: „chacun y veut avoir quelquechose du sien, et beaucoup du sien“ — mindestens als bedenklich, und um so unräthlicher, da die verständige Methode, den Krankheitsstoff zu entfernen, ohne die gesunden Theile des Körpers zu beschädigen, anwendbar ist.

Bervollständigung der Klarheit und Unzweideutigkeit controverser Rechtsätze durch authentische Entscheidung, verdient daher, als ganz unbedenkliches, als nur conservirendes und nichts zerstörendes, und dennoch radicales Hülfsmittel den Vorzug.

Es bedarf wohl der Erklärung kaum: daß ich hier nur unser Gemeines Bürgerliches Recht im Auge gehabt habe, nicht aber

ein Gemeines Criminalrecht, welches nur die Carolina und unsere fremden corpora juris zu seinen positiven Stützpunkten hat, — nam quid hic tristes querimoniae, si non supplicio culpa reciditur!

Aus solchen Erwägungen ist jetzt die Königlich Hannoverische Gesetzgebung zur Rechtsverbesserung in preiswürdiger Thätigkeit: denn durch authentische Controversen-Entscheidungen strebt sie jenem Mangel des Gemeinen Bürgerlichen Rechts abzuhelfen, und die Sanction des Entwurfs eines Criminal-Gesetzbuchs scheint nahe zu seyn. Diese Gesetzgebung, gewarnt durch die Erfahrung eines Nachbarstaats, der, nach seiner Lossagung vom Gesamtrecht der Deutschen Nation, unter dem pondus seiner neuen Gesetze bereits erseufzt, will also da ausbessern und ergänzen, wo dies zum Zwecke genüget; und nur da will sie vom Grund auf neu bauen, wo Reparatur unmöglich ist.

Um die Gesetzgebungen der Länder, welche in unserm Oberappellationsgerichte vereinigt

sind, auf jenen Weg zu einer Verbesserung des Rechts zu leiten; benutzte ich die Deliberationen über den, dem Oberappellationsgerichte aufgetragenen, Entwurf einer Oberappellationsgerichts-Ordnung zu folgendem Vorschlage:

„dem Oberappellationsgerichte es zur Pflicht zu machen, über jeden von ihm ausgesprochen werdenden controversen Rechtsfall Bericht an die Regierungen zu erstatten, und dieselben zu einer der Controverse abhelfenden Sanction zu veranlassen.“

Hierdurch, so schien es mir, wären die Gesetzgebungen nicht nur erinnert, sondern gewissermaßen genöthigt, und mindestens es ihnen sehr erleichtert, Bestimmungen zur Entfernung der Rechtsungewißheit zu ertheilen: und der Zweck würde erreicht seyn, wenn auch die vom Oberappellationsgerichte angenommene Meinung mißbilligt worden wäre.

Durch eine solche gemeinschaftliche Thätigkeit des Oberappellationsgerichts und der

Gesetzgebung würden wir in einigen Decennien das erlangt haben, was uns der gelehrte Kampf mehrerer Jahrhunderte nicht hat verschaffen können:

und, namentlich, würden die untergeordneten Gerichte der, jeden gewissenhaften Richter in Verlegenheit bringenden, Frage überhoben worden seyn,

wann eigene Ueberzeugung über controverse Rechtsfälle der vom obersten Gerichtshofe ausgesprochenen Meinung, zur Vermeidung unnützer Instanzenzüge, aufgeopfert werden dürfe und müsse?

Mein Vorschlag fand zwar keinen Beifall; zu einiger Beruhigung überzeugte ich mich aber, daß das Oberappellationsgericht die Wichtigkeit und Nothwendigkeit fester Controversen-Entscheidungen ins Auge gefaßt hatte, ein leichtes Hinüberspringen von einer Rechtsmeinung zur andern für eine Krankheit die Rechtsprechung hielt, und so nach dem rechten Ziele strebte.

Die obersten Dicafterien müssen es sich stets bewußt seyn, daß, außer der Pflicht, den Streit der vor ihnen auftretenden Parteien zu entscheiden, ihnen eine noch höhere Qualität, mehr legislatorischer als richterlicher Natur, beigelegt ist. Oder enthält die Befugniß,

den Sinn der Gesetze auszusprechen, und Lücken in den Gesetzen durch Analogie zu ergänzen, nicht einen wahren Antheil an der Gesetzgebung?

Der Gesetzgeber hat diese erhabene Qualität eingeräumt, es sind die gerichtlichen Observanzen eine anerkannte Quelle des Rechts. (— L. 98. D. de leg. 1 — 3.)

Das ehrwürdige Axiom „der Richter ist nur Diener der Gesetze“ macht meinen Satz nicht erbeben: denn das Gesetz ist ein todter Buchstabe, und es kann nur in dem Sinne ins Leben treten, welchen der oberste Richter darin findet, und es lebt in diesem Geiste so lange fort, bis ein neues er-



klarendes oder correctorisches Gesetz promulgirt worden ist.

Unser Oberappellationsgericht scheint die Wichtigkeit des Zweckes dieser hohen Richterqualität richtig erfaßt zu haben: indem bei einmal bestimmt ausgesprochener Entscheidung einer Controverse, abweichende Meinungen im Gremium des Gerichts alsdann nicht weiter verfochten, sondern willig aufgeopfert werden, wenn die Entscheidung einen selbständigen, in kein anderes Rechtsinstitut störend eingreifenden Rechtsatz enthält.

Dieser in unserm Oberappellationsgerichte herrschende Geist verspricht eine angemessene Festigkeit in den Controversen-Entscheidungen: und ohne diesen Geist giebt es keine Garantie, daß der große Zweck erreicht werden werde, indem es an einem sicheren Merkmale ganz fehlt,

wann durch gleiche richterliche Entscheidungen Gesetzkraft eintrete, und wann also eine Zwangspflicht selbst

für die Gerichte entstehe, von ihren angenommenen Rechtsfällen nicht wieder abzuweichen?

Ein solcher Geist wird aber in einem Gerichte nicht leicht wieder untergehen, weil er ein guter Geist ist, und das Gericht nicht aufgelöst, sondern immer nur ergänzt wird.

Soll nun aber die Praxis eines Gerichts nicht Gegenstand schwieriger Beweise bleiben: soll ihr Leben nicht von der Tradition abhängen: sollen selbst die Gerichtsmitglieder in nothwendiger Bekanntschaft mit früheren Entscheidungsgrundsätzen erhalten werden; so ist eine Sammlung wenigstens der Controversen-Entscheidungen <sup>1)</sup> in die Hände der Richter und Rechtsvertheidiger zu befördern.

---

<sup>1)</sup> Aber auch nur solcher Entscheidungen: denn die Mittheilung hierunter nicht gehörender Entscheidungen — etwa nur merkwürdig durch die Wichtigkeit ihres Gegenstandes oder durch factische Verwicklung des entschiedenen Falles, und durch die Schwierigkeit unter mehreren nicht controverten Rechtsfällen den passenden anzuwenden u. — würde jenem höheren Zwecke nicht entsprechen, und nur dazu dienen können, die Gelehrsamkeit und den Scharfsinn eines Gerichts zu bewahren.

Hierdurch ist mein jetziges Unternehmen nicht nur gerechtfertigt, sondern ich darf auch überzeugt seyn, daß ein anderes Mitglied unseres Gerichts <sup>1)</sup> an meine Stelle treten werde, wenn mich Mangel an Zeit, oder an Lust, oder an Kraft von der Fortsetzung abhalten wird.

Wenn ich übrigens auch solche Entscheidungen in diese Sammlung aufnehme, welche meiner eigenen Ueberzeugung nicht entsprechen; so werde ich meine Ueberzeugung doch nur alsdann geltend zu machen versuchen, wenn diese dahin geht: daß durch eine Entscheidung kein rein selbständiger, sondern ein solcher Rechtsatz ausgesprochen sey, wodurch ein Axiom verletzt, in andere Rechtsinstitute eingegriffen, oder Moralität dadurch benachtheiligt werde.

Eine so bedingte Submission ist meinem Zwecke nur scheinbar entgegen: denn

---

<sup>1)</sup> Ich glaube den Beweis mir erlassen zu dürfen, daß mein Unternehmen vorzugsweise für ein Mitglied des Gerichts geeignet sey.

auch im Gremium des Gerichts ist dies die Bedingung der gänzlichen Aufopferung individualer Ueberzeugung: und Controversen-Entscheidungen mit einem jener Fehler wirklich behaftet, tragen ihre Mortalität in sich; und es ist daher verdienstlich gegen sie aufzutreten, und zugleich löblich, wenn es nur aus Wahrheits- und Rechtsliebe geschieht.

Nach vielfacher Aufforderung, namentlich auch seitens meiner Herren Collegen, habe ich mich zu dieser Sammlung entschlossen: und übergebe hiermit dem Publicum den ersten Theil derselben, Einmal, in der Hoffnung, daß man, abgesehen von dem subalternen Geschäfte des bloßen Sammelns, und abgesehen von meinem eigenen Antheile an dem Gesammelten, für dessen Ausstattung und für die Zugaben einiges Verdienst mir zuerkennen werde: und, zum Andern, in der Meinung, daß die Wichtigkeit der in diesem ersten Theile vorkommenden Gegenstände die geringe Zahl der Entscheidungen entschuldige und aufwäge.

Die Competenz des Oberappellationsgerichts setzt mich übrigens in den Stand, Controversen-Entscheidungen aus allen Theilen des Rechts zu liefern: wenn gleich jeder einzelne Theil der Sammlung einen solchen Umfang nicht haben kann.

Wolfenbüttel, im Junius 1826.

W. Waldeck.

---

## Besonderes Vorwort zu Nro. II. dieser Sammlung.

Durch meine Einladung zur Subscription wurde es bekannt, daß ich die Behauptung aufgestellt habe: die Entziehung des Staatsruders <sup>sey</sup> für das Herzogliche Haus Braunschweig ein sehr glückliches Ereigniß gewesen!

Aus dieser Veranlassung wurde mir die Bemerkung gemacht: daß das Herzogthum durch die französische Occupation in eine beträchtliche Schuldenlast gekommen sey. Dieser Einwurf kann aber gegen meine Behauptung nicht gebraucht werden. Denn jene Schuldenlast rührt aus dem Zeitraume her, welcher zwischen der Schlacht von Jena und dem Frieden von Tilsit liegt, und in welchem besonders Norddeutschland unter dem Drucke des Kriegs seufzte. Damals waren die Rechtsverhältnisse des Herzogthums zu seinem Regentenhause noch nicht zerrissen: und wenn gleich der Regent abwesend war, so handelte doch Sein Geheimraths-Collegium in Seinem Namen. Also während des Bestehens der Herzoglichen Regierung ist jene Schuldenlast aufs Herzogthum gekommen: ihr Grund lag in unabwendbarer Nothwendigkeit: und selbst der anwesende Regent wür-

\*

## XVIII

die Forderungen der französischen Befehlshaber nicht haben entkräften können: und daher sind auch jene Schulden, als wahre und rechtlich begründete Staatsschulden, von dem wiedereingefetzten rechtmäßigen Regenten anerkannt. Die französische Occupation hat über das Herzogthum und über sein erhabenes Regentenhaus schweres und hartes Unglück gebracht; mit dieser Wahrheit ist aber der Satz verträglich: daß es noch ein größeres Unglück für das hohe Regentenhaus gewesen seyn würde, wenn Dasselbe in jener traurigen Periode sein Vaterland hätte Selbst regieren und quälen müssen. Und hierüber glaube ich den Beweis nicht schuldig geblieben zu seyn.

---

 Verbesserungen.
 

---

- Seite X der Vorrede, Zeile 2. v. u. ist zu lesen: „Krankheit der  
Rechtssprechung“ statt „Krankheit die Rechtssprechung.“  
 — 23, in der Note, ist zu lesen „Auguste“ statt „Karoline.“  
 — 44, in der Note, „1820“ statt „1823.“

# I n h a l t.

---

I.	Seite
Dürfen die obersten Gerichtshöfe in ihren Urtheilen Schriftsteller allegiren?	
Historische Einleitung .....	1
Schädliche Wirkungen des Allegirens .....	2
Größere Nützlichkeit desselben .....	3
Rechtfertigungen der Beziehung auf Schriftsteller in Hinsicht der Rechtsvertheidiger .....	4
und in Hinsicht aller untergeordneten Gerichte .....	5
Verneinung der aufgestellten Frage .....	6
II.	
Ueber Zurückforderung zum Staatsvermögen des Herzogthums Braunschweig gehörender, vom Könige von Westphalen veräußerter Capitalien.	
Historische Einleitung .....	9
Rechtsgutachten .....	16
I. Begründung des Gerichtsstandes .....	16
II. Aus welchem Gesetzbuche ist zu entscheiden? .....	20
III. Waren die in Frage stehenden Capitalien schon vor der französischen Occupation Eigenthum des Herzoglichen Hauses? .....	21
IV. Muß das Herzogliche Haus die Veräußerung dieser Capitalien bestehen lassen? .....	24
Festsetzung der rechtlichen Folgen der Errichtung des Königreichs Westphalen .....	24



	Seite
Irrelevanz der Frage: ob die Eroberung des Herzogthums Braunschweig veranlaßt, oder vollkommen ungerecht gewesen sey? .....	24
Einige vollkommene Verpflichtungen des Regenten gegen seine Unterthanen .....	26
Können die Unterthanen, ohne Einwilligung der vom Eroberer vertriebenen Regenten, mit vollkommener Rechtswirkung dem Eroberer huldigen? .....	27
Durch den Tilfiter Friedensschluß konnte die fehlende Einwilligung der ihrer Länder beraubten Fürsten nicht ersetzt werden .....	32
Hätte die Einwilligung zu einem neuen Staatsverbande der eroberten Länder verweigert werden dürfen? .....	32
Auflösung des Bandes zwischen einem vertriebenen Regenten und den Unterthanen, und Beantwortung der Frage: ist der Unterthanen-Nexus zu einem vertriebenen Regenten mit dem dem Eroberer geleisteten Homagium vereinbar, und neben demselben denkbar? .....	33
Ueber das Wiederaufleben der Regentenrechte .....	34
Wirkung der fehlenden Resignation eines Regenten auf sein durch Eroberung verlorenes Land .....	37
Irrelevanz der Frage: ob der König von Westphalen durch die in Frage stehenden Veräußerungen die Westphälische Staatsverfassung verletzt habe? .....	38
Ueber Verwendungen zum Besten des Staats .....	40
Mangelnde Verschiedenheit in effectu, daß der König von Westphalen, statt einer Einforderung der Capitallen von den Schuldnern, eine Cession derselben vorzog .....	44
V. Würdigung des auf die Capitallen und Zinsen angelegten Arrests .....	45
VI. Begutachtung des Proceßkostenpuncts .....	49
Urtheil des Oberappellationsgerichts .....	50
Meditationen über dies Urtheil .....	55
Ausführung: daß es ein glückliches Ereigniß für das	

## XXI

Durchlauchtigste Haus Braunschweig war, vom französischen Machthaber der Regierung beraubt gewesen zu seyn .....	Seite 58
--	-------------

## III.

Ueber die Ansprüche der wiedereingesetzten rechtmäßigen Regierung des Herzogthums Braunschweig an, vom Könige von Westphalen veräußerten, Besitztungen des Deutschen Ordens: namentlich A, an Capitallen der Ordensballey Sachsen, und B, an Zuhörungen der Ordenscommende Lucklum.

Historische Einleitung .....	63
Entscheidung des Oberappellationsgerichts.....	66

## IV.

Ueber Ersatz des Wildschadens.

Historische Einleitung.....	82
Erste Entscheidung. Zur Begründung der Klage auf Ersatz des Wildschadens bedarf es des Beweises nicht: daß die ordnungsmäßig angestellten Wildwächter ihre Schuldigkeit gethan haben.....	83
Meditationen zu dieser Entscheidung .....	87
Zweite Entscheidung. Die Verpflichtung der Jagdherrschaft beschränkt sich nicht auf eine gehörige Sorgfalt zu Verhütung des Wildes von den Saatzfeldern, und diese Sorgfalt befreiet nicht von der Verbindlichkeit des Ersatzes des dennoch eingetretenen Schadens .....	88
Dritte Entscheidung. Ueber die Einrede der Jagdherrschaft: „daß das Wild nicht übermäßig gehägt worden, und nur ein Normal-Wildstand vorhanden sey.“ .....	89
Meditationen zu dieser Entscheidung, — und zwar daß es im Geiste derselben liege: daß es nicht	

## XXII

	Seite
auf die Zahl des gehägten Wildprets, sondern auf den angerichteten Schaden ankomme .....	91
Ferner:	
Beantwortung der Frage: ob auch ein unbedeu- tender Wildschade ersetzt werden müsse?.....	92
Vierte Entscheidung. Daß es auf die Verbindlichkeit zum Schadenersatz nicht einwirke, es möge der Schade durch Standwild des Jagtherrn, oder durch fremdes Wechselwild angerichtet seyn .....	93
Meditationen zu dieser Entscheidung .....	96
Fünfte Entscheidung. Welcher Beweis des Wildschadens genügt?.....	99

## V.

## Wann ist die Policei der Justiz unterworfen?

Historische Einleitung .....	103
------------------------------	-----

Entscheidung des Oberappellationsgerichts .....	107
---	-----

Meditationen zu dieser Entscheidung: insbesondere weitere  
Rechtfertigung folgender, vom Oberappellationsgerichte  
ausgesprochenen Sätze, und zwar

Erstens: daß Verfügungen einer oberen Landes-  
policei-Behörde alsdann der gerichtlichen Ent-  
scheidung unterworfen seyen, wenn die Verpflich-  
tung zu den dadurch in Anspruch genommenen  
Leistungen bestritten werde.

Zweitens: daß die Policei, im Falle der Rechts-  
hängigkeit, nicht einmal zu einer provisori-  
schen Anordnung, wodurch die streitigen Rechte  
berührt werden, befugt sey, sondern solche vom  
Gerichte auswirken müsse.

Drittens: daß auch bereits vor der Rechts hän-  
gigkeit von der Policei ausgegangene provi-  
sorische Verfügungen von dem dadurch Beschwer-

## XXIII

	Seite
ten zum Gegenstande einer gerichtlichen Entscheidung gemacht werden können.....	109
Frage: werden die hier vom Oberappellationsgerichte in einer Braunschweigischen Sache ausgesprochenen Entscheidungsgrundsätze auch in den Fürstenthümern Waldeck, Pyrmont, Lippe und Schaumburg-Lippe wirksam werden können?	
Bejahend beantwortet.....	116

## VI.

Begrenzung der Befugniß der untergeordneten Polizeibehörden, allgemeine Verfügungen zu erlassen.....	119
--	-----

## VII.

Wann sind Consistorial-Verfügungen der Justiz unterworfen?	
Historische Einleitung .....	122
Entscheidung des Oberappellationsgerichts.....	127
Weitere Anwendung des Haupt-Entscheidungsgrundsatzes, und namentlich auf den Fall:	
wenn, ohne einen Kostenbeitrag der Eingepfarrten in Anspruch zu nehmen, blos aus dem Kirchen-Vermögen gebauet werden soll .....	130
Meditation über die Wichtigkeit des Grundsatzes des Oberappellationsgerichts: daß der Justiz die Entscheidung der Frage zukomme:	
„ob, unabhängig von dem über einen Bauplan entstandenen Rechtsstreite, provisorisch gebaut werden müsse?“ .....	132
Wer hat die Frage zu entscheiden: ob eine Pfarre verlangen könne, durch Vergrößerung ihrer Deconomie-Gebäude zur eigenen Cultivirung der bisher durch Ver-	

## XXIV

	Seite
pächung benutzten Grundstücke in Stand gesetzt zu werden .....	133
Sichere Grenzlinie zwischen den Consistorial- und Justiz- Sachen .....	136
Die Wirkung der Entscheidung des Oberappellationsge- richts erstreckt sich auch über die Fürstenthümer Lippe und Schaumburg-Lippe .....	139
Nicht aber über die Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont	139

## VIII.

## Ueber das Zinsen-Privilegium des Fiscus.

Der Fiscus ist nach R. R. nicht nur in der Zinsenver- pflichtung, sondern auch in der Zinsen-Berechtigung privilegirt. Meditation zu den hierher gehörenden Gesetzen .....	143
Insbefondere über die Zinsberechtigung des Fiscus....	144
Entscheidung des Oberappellationsgerichts über das Pri- vilegium des Fiscus in der Zinsen-Verpflichtung....	146
Ausführung: daß durch diese Entscheidung solches Privi- legium in sehr enge Grenzen eingeschlossen sey.....	146
Ältere und neuere Braunschweigische G. G. über dies Privilegium ....	147
Die Entscheidung des Oberappellationsgerichts betraf ei- nen Fall, auf den die neueren Braunschweigischen G. G., als ad praeterita, nicht angewandt werden konnten; daher die Untersuchung:	
ob die ausgesprochene Begrenzung des Zinsen- Privilegiums auch mit solchen neueren G. G. vereinbar sey?.....	149
Meditationen über diese neueren Braunschweigischen G. G.	150

## IX.

Ueber Wirksamkeit der Protestationen überhaupt:  
und insbesondere a, zum Zwecke der Conservation  
des Besizes; b, zur Abwendung der Folgen der  
Einmischung in eine Erbschaft, und c, um durch  
Annahme einer Capitalforderung die Klage auf  
Zinsen nicht zu verlieren.

Vom Oberappellationsgerichte gegebenes allgemeines Merk- maal absolut unwirksamer Protestationen .....	155
Erste Meditation: daß es keinen Unterschied mache, ob von einer mit Protestation begleiteten Handlung, oder von einem Duiden die Rede sey .....	156
Zweite Meditation: Ueber Protestationen zur Conser- vation des Besizes, und des Laufs der Verjährung...	156
Dritte Meditation: Ueber die Wirkung der Erklärung, durch eine vorgenommene Einmischung in eine Erb- schaft diese nicht angetreten haben zu wollen.....	159
Untersuchung der Merkmale einer immixtio in hereditatem und einer gestio pro herede.	160
Ein diese Untersuchung veranlassender höchst wich- tiger Rechtsfall .....	163
Wann kann jene Erklärung die bezweckte Wir- kung haben, wann ist sie nothwendig, wann ist sie räthlich, und wann vollkommen nutzlos?	165
Zu welcher Zeit muß spätestens eine Protestas- tion vorgenommen werden?.....	167
Vierte Meditation: Ueber Protestation zur Conservation der Zinsen-Nachforderung, nebst einer besonderen Ent- scheidung des Oberappellationsgerichts.....	168

## X.

De beneficio appellationis, nondum deducta  
deducendi et nondum probata probandi.

\*\*\*

## XXVI

	Seite
Bestimmte Begrenzung dieses <i>beneficii</i> durch die Praxis des Oberappellationsgerichts.....	173
Meditationen darüber.....	175

## XI.

**Begrenzung der *exceptio* und der *querela non numeratae pecuniae*.**

Rechtsfall .....	178
Vom Oberappellationsgerichte genehmigtes Rechtsgut: achten .....	180
Untersuchung: welche theses in der Entscheidung des Oberappellationsgerichts ausgesprochen worden sind?	187
Gemäß des vom Oberappellationsgerichte festgesetzten Merkmals findet die <i>exceptio n. n. p.</i> , namentlich, nicht statt:	
1) wenn aus dem <i>Chirographum</i> zu ersehen ist, daß ein schon früher bestandener <i>contractus mu- tui</i> nur nachträglich hat beurkundet werden sollen	189
2) Wenn das Schulddocument es besagt, daß ein anderer Schuldner in dem Darlehns-Con- tract verwandelt worden sey.....	189
3) Wenn ein besonderes quittirendes Anerkennt- niß eine bereits vor Ausstellung der Schul- urkunde geschehene Zahlung oder Lieferung aus- drückt .....	190
4) Wenn der Ausfluß <i>n. n. p.</i> entfällt ist.	190

## XII.

**De *exceptione plurium concumbentium*.**

Die Praxis des Braunschweigischen obersten Disasteriums, an dessen Stelle das Oberappellationsgericht eingetre- ten ist, verwarf diese Einrede.....	193
— Zum Zwecke einer Verhütung, daß solche Praxis in	

## XXVII

	Seite
das Oberappellationsgericht übergehe — Widerlegung der dafür angeführten Gründe, und Ausführung: in welchen Fällen solche Einrede allerdings stattfinden müsse .....	193

## XIII.

Ueber die Ordnung in der Lehnfolge der Seitenverwandten.

Das Oberappellationsgericht hat dem Lineal-Gradual- System den Vorzug gegeben .....	209
Das vom Oberappellationsgerichte bestätigte Urtheil des Herzogl. Braunschweigischen Landesgerichts .....	210

## XIV.

- 1) Bei Besetzung eines häuerlichen Meierhofes hat  
der Meierherr kein Wahlrecht unter den zur Suc-  
cession Berufenen, sondern nur ein Widerspruchs-  
recht wegen Untauglichkeit eines bestimmten An-  
erben: und
- 2) Unter mehreren zur Bebauung eines Hofes taug-  
lichen Erben giebt die größere Tauglichkeit kein  
Vorzugsrecht .....
- Als Anhang:
- 3) Fürstl. Schaumburg-Lippische Verordnung über  
die Erbfolge in Bauergüter vom 5ten Juniuß 1809  
— mit Bemerkungen begleitet — .....
- Meditationen über diese Verordnung .....
- Als weiterer Anhang:
- 4) Herzogl. Braunschweigische Verordnung über die  
Bestätigung der von Bauern eingegangenen Ver-  
träge vom 8ten December 1825 .....
- Meditationen über diese Verordnung .....



## XXVIII

Seite

## XV.

Ueber die Läsionsklage gegen aleatorische Verträge,  
namentlich gegen Leibrenten- und Verpflegungs-

Contracte ..... 268

Rechtsfall ..... 268

Entscheidung des Oberappellationsgerichts:

daß die Läsionsklage durch die Natur der aleato-  
rischen Verträge nicht ausgeschlossen werde.....e 269

Meditationen zu dieser Entscheidung..... 271

Die Klage wird ausgeschlossen, durch Entfagung der Aus-  
flucht der Läsion, — darüber ein besonderes Urtheil  
des Oberappellationsgerichts..... 275

## XVI.

Versuch einer Analyse des Instanzenwesens ..... 279

## XVII.

Ueber Remission der Prozesse zur ersten Instanz..... 304

## I.

## Dürfen die obersten Gerichtshöfe in ihren Urtheilen Schriftsteller allegiren?

---

Unser gemeinschaftliches Oberappellationsgericht allegirt in seinen Urtheilen nur Gesetze, niemals Schriftsteller. Da dasselbe aber keine Gelegenheit gehabt hat, die Beweggründe hierzu auszusprechen; so wird hier der passende Ort seyn, eine unbefangene Prüfung solcher Eigenheit der Urtheile, als Einleitung zu einer Sammlung derselben, zu versuchen.

Im Zustande wissenschaftlicher Unmündigkeit Deutschlands wurden demselben ausländische Rechtsbücher zu Gesetzbüchern angewiesen, ohne sie auch nur in die deutsche Sprache zu übertragen. Mit diesem Acte war den Rechtslehrern das Ansehen von Orakeln gesichert: denn die Rechts-Mysterien konnten nur durch sie erforscht werden: und die Richter waren in wichtigen Sachen gewöhnlich nur Verkündiger der Aussprüche, welche sie von einem juridischen Trippus eingeholt hatten.

Der Respekt selbst der Gesetzgebungen gegen diese alleinigen Quellen des Lichts geht, unter andern, aus der Carolina klar hervor: indem zu

deren unzähligen Verweisungen auf den Rath der Rechtsgelehrten eine *clausula salvatoria* gar nicht übel gepaßt haben würde, wodurch die Rechtsgelehrten ausdrücklich über den Gesetzgeber gestellt worden wären.

Wir noch haben die Zeit gesehen, in welcher Advocaten und Richter sorgsam darauf Bedacht seyn mußten, ihre Arbeiten mit Beziehungen auf Schriftsteller reichlich auszustatten, über jeden Rechtsatz durch ein Paar ansehnliche Commentatoren Brief und Siegel zu geben: indem es dem practischen Juristen als eine Anmaßung angerechnet wurde, ein Gesetz ohne fremde Hülfe verstehen zu wollen, oder nicht mit deutscher Aufrichtigkeit zu bekennen, durch welchen Rechtslehrer man zur Quelle geleitet sey. Die Wahrheit galt beinah nur durch das Ansehn ihrer Vertheidiger, und man konnte es geradezu ein thörichtes Unternehmen eines practischen Juristen nennen, die Meinung eines angesehenen Rechtslehrers, oder überhaupt eine gedruckte Lehre ohne gedruckte Auctorität, anfechten zu wollen. So wurden Richter und Rechtsvertheidiger gewaltsam in Abhängigkeit erhalten. Das war aber ein Uebel, wodurch Promtuarier = Scheingelehrsamkeit befördert, kräftige, zu wissenschaftlichen Untersuchungen organisirte, Köpfe vom Quellen = Studium und Selbstdenken abgelenkt, und nur zum Einsammeln angetrieben wurden: und bei welchem Aristocratismus die nur auf Auctorität gestützten Aussprüche der Gerichte über controverse Rechtsätze nur so lange in Ansehn bleiben konnten,

als die Auctorität, worauf sie gegründet waren. Diese Auctorität war aber abhängig, nicht etwa bloß von der philosophischen Ausbildung unseres Rechts, und den großen Ereignissen in der arena unserer Wissenschaft, sondern auch von der Schule, aus welcher zufällig neue Gerichtsmitglieder ankamen, wie von der Beschaffenheit der Bibliotheken u. u.

So wechselten die Meinungen der Gerichte über streitige Rechtsfälle „wie Moden“ (Gönnert's Worte); und es konnte, bei einer solchen Wandelbarkeit der gerichtlichen Grundsätze, und deren Abhängigkeit von dem Streite der Theoretiker, der leidige Reichtum unserer corporum juris an nicht klaren und zweideutigen und vieldeutigen Bestimmungen durch die Praxis nicht entfernt, die Sicherheit der Rechtsfälle und somit die Rechtssicherheit selbst nicht befördert werden; und so sind Chiliaden von Controversen aus den vorigen Jahrhunderten noch jetzt nicht nur im theoretischen Leben, sondern treiben auch in der Praxis ihren Unfug.

Wenn ich aber auch dem Allegirwesen wenigstens einen Antheil an diesem Uebel beilege; so kann ich dennoch dem Beziehen auf gelehrte Auctorität — (einem solchen, nämlich, welches zu dem jetzigen Stande der Ausbildung unserer Wissenschaft paßt, nicht dem von mir geschilderten Unwesen) — seine größere Nützlichkeit nicht absprechen.

Ich erkenne darin ein wirksames Mittel, die practischen Juristen zum Fortstudiren zu nöthigen,

sie im Rechte nicht zu Empirikern, und im Prozesse nicht zu Rutinisten werden zu lassen.

Die Würdigeren unter ihnen, welche ihre Wissenschaft nicht bloß als Erwerbszweig, sondern auch als Wissenschaft lieben, geben durch ihr Mitfortschreiten und durch ihre Bekanntschaft mit den im Felde derselben erscheinenden Werken den Antrieb zu einem gleichen Studium, — ja sie zwingen dazu.

Dieser Impuls äußert sich in den Gerichtshöfen, wie unter den Advocaten. Bei den Letzteren wird er aber noch dadurch verstärkt, daß sie ihre Prozesse gewinnen wollen, und also mit, ihnen entgegengesetzten, schriftstellerischen Ausführungen bekannt seyn müssen, weil es um deren Widerlegung gilt.

Kräftigere Antriebe kann es wohl nicht geben, als Ehrgeiz und Vortheil in Uebereinstimmung mit der Pflicht.

Außerdem findet das Allegiren seine Rechtfertigung in der Unbeschränktheit des Vertheidigungsrechts: und es überhebt der Nothwendigkeit, sachdienlich erachtete gelehrte Ausführungen in Proceßschriften vollständig aufzunehmen.

Wenn aber auch eine tüchtige und gelehrte Rechtsvertheidigung eine eben so geeigenschaftete Entscheidung nothwendig macht; so folgt doch hieraus noch nicht, daß auch der Richter, durch Beziehungen auf wissenschaftliche Ausführungen, Fleiß und Gelehrsamkeit in seinen Entscheidungen beweisen müsse. Denn der Richter hat nur seinem Gewissen zu genügen: die Rechtsvertheidigungen sind nur für ihn be-

stimmt: er stehet in der Anwendung des Rechts über den Bertheidigern und Polemikern: von ihm erwarten selbst die Rechtscontroversen ihre endliche, wirksame Entscheidung; und es scheint daher seinem Standpunkte gemäß zu seyn, wenn er, verschmähend fremde Auctorität, seine Urtheile nur mit selbständigen Gründen ausstatte.

Vollkommen passen diese Erwägungen aber nur auf die obersten Dikasterien, und nicht in gleichem Maße auf untergeordnete Gerichte <sup>1)</sup>.

Die Urtheile dieser Gerichte erscheinen in der That und Wirklichkeit — *sit venia verbo!* — nur als unmaaßgebliche Begutachtungen, weil sie nur durch die Anerkennung und Beruhigung der Parteien, oder durch oberrichterliche Bestätigung Gültigkeit erlangen, und formales Recht bilden.

Ein solcher nur vorläufiger und unmaaßgeblicher Richter darf und muß also, indem er seine Ueberzeugung ausspricht, zugleich darauf bedacht seyn, solche gegen mögliche Angriffe der Parteien zu sichern, und bei dem Oberrichter aufrecht zu erhalten. Ein solches Bestreben — (in welchem die Natur einer eigentlichen Bertheidigung nicht leicht vermieden werden kann) — einer Rechtsüberzeugung, der Wahrheit und dem Rechte den Sieg zu verschaffen, wird man loben müssen; und es bedarf daher auch keiner Rechtfertigung, wenn zu solchem Zwecke der

---

<sup>1)</sup> Im Gegensatz der höchsten Gerichte kann ich hier nicht blos die Untergerichte, sondern auch die Mittelgerichte gemeint haben.

untergeordnete Richter, außer den Gründen, auch das Ansehen der Rechtslehrer mitbenutzt <sup>1)</sup>.

In ganz anderer Lage befinden sich aber die höchsten Gerichtshöfe: ihre Urtheile, die bei keinem andern Richter angefochten werden können, bilden ihrer Natur nach — das heißt: jener Unanfechtbarkeit wegen — formales Recht, und erscheinen unter den Parteien als Gesetze: ja durch sie erhalten undeutliche Gesetze ihre Auslegung, bestrittene Rechtsätze Festigkeit, und in dieser Eigenschaft sind sie eine allgemeine Rechtsquelle, es ist ihnen Gesetzeskraft ausdrücklich beigelegt <sup>2)</sup>.

Die Urtheile der obersten Dikasterien haben daher mehr Aehnlichkeit mit Gesetzen als mit rechtsgelehrten Begutachtungen; und diese eminente Natur derselben bestimmt über die Art ihrer Abfassung. Wenn solche Gerichte, deren Bestimmung es ist, in ihrem Gerichtsprengel den Streit der Rechtsgelehrten über

---

<sup>1)</sup> Ich muß mich übrigens hier feierlichst dagegen verwahren: als hätte ich ein Wohlgefallen an Urtheilen, die uns in die Studirstuben der Richter einführen, und die ganze Ausrüstung derselben zur Schau ausstellen: Urtheile, in denen nicht bloß das Resultat eines mühevollen Suchens, sondern der ganze Gährungsproceß, das qualvolle Hindurcharbeiten aus der Finsterniß bis zur Dämmerung, oder gar aus dem hellen Tageslichte zur Stockdunkelheit, zu ersehen ist. Das Reden gegen solche eher erdrückende als überzeugende opera muß aber vergeblich seyn, weil sie entweder in der Organisation der Köpfe, oder in dem bösen Willen zu erdrücken, oder im Egoismus, und also in unheilbaren Krankheiten ihren Grund haben.

<sup>2)</sup> L. 38. D. de legibus etc. (1 — 3): „Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex le-

Rechtsfälle mit gesetzlicher Wirkung zu entscheiden, sich den Controvertisten zugesellen, sich nicht über dieselben stellen wollten; so würden sie von dem ihnen angewiesenen hohen Standpuncte herabsteigen, ihre gesetzliche Auctorität selbst schwächen.

Und wie bescheiden sich auch jedes einzelne Mitglied zurückziehen, und von Ueberschätzung seines Werths entfernt seyn möge: und wie ehrlich es auch alle diese Mitglieder anerkennen mögen, nicht durch eigene Forschung, sondern durch achtungswerthe Rechtslehrer den Weg zur Wahrheit gefunden zu haben; so müssen dennoch Alle das vom Staate ihrer Gesamtheit beigelegte Ansehn zu bewahren suchen; daher dürfen sie nicht vergessen, daß diese Gesamtheit über dem Ansehn der Rechtsgelehrten stehe; daher müssen die Aussprüche der obersten Dikasterien in einer entsprechenden Selbständigkeit erscheinen, und dürfen sich nicht unter den Schutz einer ihnen untergeordneten Auctorität begeben; und daher dürfen die Hilfsmittel und der wissenschaftliche Apparat, welche im Gremium der Dikasterien in den Discussionen zusammengebracht werden, nicht in die Urtheile übergehen; die höchsten Gerichte dürfen ihre Bekanntheit im Felde der Rechtswissenschaft, und ihren

---

*gibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.*“ Auf die Urtheile untergeordneter Gerichte kann dies keine Anwendung finden, weil ihre Gültigkeit von obergerichtlicher Bestätigung oder freiwilliger Anerkennung der Parteien abhängt.



Fleiß durch das Allegiren von Schriftstellern nicht erst beweisen wollen; und sie müssen selbst eine sich bloß angeeignete Rechtsmeinung mit selbständigen Gründen als die Ihrige aussprechen, sie befinden sich außer dem Bereiche des Vorwurfs eines *plagii literarii*.

Diesemnach glaube ich unser D. A. Gericht gerechtfertigt zu haben, daß dasselbe in seinen Urtheilen nur Gesetze, nicht aber Schriftsteller allegirt.

## II.

Ueber Zurückforderung zum Staatsvermögen  
des Herzogthums Braunschweig gehören=  
der, vom Könige von Westphalen ver=  
äußerter Capitalien.

---

Da es vielleicht auffallen könnte, daß ich diesen, bis zur Ersättigung besprochenen, Gegenstand aufgenommen habe: besonders da die von unserm Oberappellationsgerichte darüber gegebene Entscheidung bereits von meinem gewesenen Collegen, dem jetzigen zweiten Herrn Kammer-Director von Bülow zu Braunschweig, in seinen Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts (ersten Bandes erste Abtheilung) mitgetheilt worden ist <sup>1)</sup>; so darf ich die mich rechtfertigende Veranlassung nicht zurückhalten.

In unserm Oberappellationsgerichte gehört es nicht zu den Geheimnissen, wer zum Referenten bestellt sey. Es geschiehet diese Bestellung durch eine Note des Präsidiums, welche mit den Gerichts-

---

<sup>1)</sup> Um die gegenwärtige Sammlung zu einem Promptuarium zu erheben, und auch aus andern Gründen, werde ich in der Folge noch einige in den genannten Abhandlungen und sonst bereits mitgetheilte Entscheidungen aufnehmen müssen.

acten verbunden wird und bleibt, und die Einsicht dieser Acten kann den Parteien nicht verwehrt werden. Ueber die Råthlichkeit und Nothwendigkeit jenes Geheimnisses — ohne welches ein Referent in manchen Fällen in seiner ruhigen Prüfung gestört, ja, bei etwa inwohnender Bangigkeit, eingeschüchtert werden kann! — mag ich mich nicht weiter herauslassen, indem ich es für vergeblich halten muß, verhindern zu wollen, daß der Referent erspähet werde <sup>1)</sup>. In meinem Vaterlande — dem Fürstenthume Waldeck — sollen die Referenten nicht bekannt werden, und man giebt sich wenigstens das Ansehen, als glaube man an ein solches gerichtliches Geheimniß. Es mußte mir daher auffallen, noch ehe ich meinen Stuhl im Collegium eingenommen hatte, im hiesigen Publicum von allen Seiten her als eine ganz bekannte Sache zu erfahren, daß mir das Referat in allen Processen über Westphälische Veräußerungen aufbewahret worden sey.

Da ich im Oberappellationsgerichte der einzige Nichtbraunschweiger war, und meine sämtlichen Herren Collegen Westphälische Staatsdiener gewesen waren; so entsprach diese Wahl den Forderungen des

---

<sup>1)</sup> Die Herren Procuratoren u. illudiren jeden besfalligen Vorschlag durch die Bemerkung: „Wir erkennen den Referenten an seiner Schreibart.“ — Namentlich wird jeder ausländische Rath am hiesigen Oberappellationsgerichte vergeblich nach jenem Geheimnisse streben: denn wenn er auch keine Eigenthümlichkeiten seines vaterländischen Gerichtsstyls mitgebracht hätte, so würde er doch nicht gemeinet seyn, fremde Curial-Previncialismen einzuüben.

Anstandes. Ich war mir über jene damals so interessanten Gegenstände noch keiner ganz klaren Ueberzeugung, wohl aber war ich mir es lebendig bewußt, daß keine der bis dahin (wohlverstanden, bis zum Jahre 1817) für beide entgegen stehenden Meinungen erschienenen Schriften, ja sogar die Abhandlung von Zacharia, welche schien gekrönt werden zu sollen, mich befriedigt hatte.

Ich war also in der Lage, ein Specimen eigenen Nachdenkens liefern zu müssen. Es fand dasselbe aber im Obergerichtsgerichte keinen Beifall, und es erfolgten die der Herzoglich Braunschweigischen Regierung günstigen Entscheidungen. Die unterliegenden Gegenparteien erhoben sich durch Rede und Schrift, ja sogar in Zeitungen, gegen diese Entscheidungen: sie wollten eine erschöpfende Beurtheilung der Streitfragen darin vermissen, und etwas Anderes, oder wenigstens überzeugendere Gründe, vom Obergerichte erwartet haben; und wollten sogar verneinen, der Referent scheine es bequem gefunden zu haben, auf dem von den vorigen Richtern betretenen Wege sich zu halten, und deren Entscheidungsansicht sich bloß anzueignen u. u. u.

Solche kränkende Vorwürfe mußte ich, als bekannter Referent, erfahren, und mir den großen und ganz vorzüglichen Antheil an Entscheidungen, die meiner Ueberzeugung entgegen waren, beilegen lassen, welcher der großen Regel nach dem Referenten zukommt.

Schon damals verkannte ich es nicht, daß der Mangel des Geheimnisses des Referats meine Befugniß begründe, zu meiner Rechtfertigung aufzutreten; es hielten mich aber, unter andern, zwei Erwägungen zurück. Einmal wollte ich den Vorwurf vermeiden, als verstände ich's nicht, mich einer collegialischen Abstimmung zu submittiren: und, zum Andern, würde ich noch Unangenehmeres ertragen haben, um nicht dem Gedeihen meiner collegialischen Verhältnisse Hindernisse in den Weg zu legen.

Jetzt aber, wo jene ersten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts bei den vielen nachherigen ähnlichen Fällen beibehalten sind, und in deren Sinne sich eine feste Entscheidungsnorm gebildet hat, und auf deren Grundsatz endlich sogar ein ausdrückliches Gesetz über die Wiederherstellung mehrerer durch die Westphälische Gesetzgebung zerrissener Rechtsverhältnisse erlassen ist <sup>1)</sup>, und also von dem Bestreben der Geltendmachung einer individualen Meinung die Rede nicht mehr seyn kann:

jetzt, wo ich mir — wenn mich nicht Alles täuscht — das Zutrauen erworben habe, daß mir Wahrhaftigkeit und Recht über Alles gehe: und ich

---

<sup>1)</sup> Ich meine die Verordnung der Herzoglichen Vormundschaftlichen Regierung vom 2. Januar 1818. Sie erschien erst dann, als sich das Oberappellationsgericht durch eine Reihe gleicher Entscheidungen ausgesprochen hatte. Die Regierung hat also das richterliche Urtheil frei walten lassen, und erst nachdem es feststand, und im Sinne desselben ein Gesetz promulgirt, um unzähligen weiteren Processen auch unter den Privaten vorzubeugen.

fest überzeugt seyn kann, daß man mir unlautere Beweggründe nicht zuschreibe; jetzt darf und muß ich die Urtheilsfähigen zu der Beurtheilung in Stand setzen: ob ich der mir anvertrauten Sache gewachsen gewesen bin, und meiner Pflicht entsprochen habe.

Durch Mittheilung meiner damaligen gutachtlichen Meinung über nur eine Classe jener Sachen werde ich diese Rechtfertigung des Referenten und zugleich die Ueberzeugung der Succumbenten bewirken, daß der Entscheidung eine der Wichtigkeit angemessene Prüfung vorhergegangen sey. Auch überlasse ich mich der Hoffnung, daß meine Ausführung die Merkmale einer leidenschaftslosen innigen Ueberzeugung in sich habe.

Und endlich bin ich so stolz, zu glauben, daß sie nicht unwerth sey, mit den Abhandlungen über den nämlichen Gegenstand aufbewahrt zu werden.

Um den Vorwurf abzuwenden, daß ich keine Ausführungen Anderer und nicht einmal Pfeiffer's sehr ausführliche und reiche Abhandlung über meinen Gegenstand benutzt habe; muß ich nochmals bemerken, daß ich im Frühjahr 1817 schrieb, und überhaupt — in väterlicher Zuneigung — meinem Producte eine gewisse Selbständigkeit und die Kraft beilegte, ohne fremden Beistand sich aufrecht erhalten zu können.

Wollte ich aber jetzt noch meine Ausführung durch Gründe Anderer ausstatten und bereichern, so würde das einer Fälschung nicht unähnlich seyn, indem ihr solche Ausstattungen fehlten, als sie ihren

Zweck erreichen sollte. Auch würde eine solche Bereicherung mit den angegebenen Zwecken der jetzigen Mittheilung nicht zu vereinbaren seyn, und auf die Vermuthung führen, als wollte ich für eine geschlagene Rechtsmeinung gegen die allmächtige Rechtskraft den Sieg erringen.

Nach langem Vorworte nun zur Sache.

Das ehemalige Freie-Reichsstift Gandersheim wurde durch den Reichs-Deputations-Hauptschluß vom Jahre 1803 dem Herzoglichen Hause Braunschweig, unter dem Titel einer Entschädigung, überwiesen. Die Aufhebung des Stifts war aber zur Zeit der französischen Occupation im Jahre 1806 noch nicht bewerkstelligt. Entweder als Enclave des Herzogthums, oder als ein wirklicher Bestandtheil desselben, wurde das Stift dem Königreiche Westphalen einverleibt. Zu dem Stiftsvermögen gehörte ein Capital von 16000 Thalern, welches im Jahre 1792 gegen Verpfändung eines im Herzogthume Braunschweig belegenen Guts ausgeliehen worden war. Die contractmäßige Zurückzahlung des Capitals fiel in das Jahr 1810. Der Schuldner erhielt aber damals vom Westphälischen Director der geistlichen Güter eine dreijährige Prolongation des Ablagertermins. Im April 1812 cedirte der Intendant des königlichen Hauses, kraft eines königlichen Decrets, jenes Capital, und vom Cessionar wurde es weiter veräußert. Zur Zeit der Herstellung der herzoglichen Regierung befand es sich in dem Eigenthume von vier Personen zu respective dreimal 5000 und 1000

Thalern. Von diesen reclamirte nun die Herzogliche Cammer solche Capitalantheile, als zum Braunschweigischen Staatsvermögen gehörend, und unrechtmäßig veräußert. Die angestellten Klagen waren mit Arrestgesuchen begleitet, und die Arreste wurden auf Capital und Zinsen vom Gerichte der ersten Instanz erkannt, aber ohne auch nur ein Arrest=Justifications=Verfahren einzuleiten, und dadurch den Impetraten Gelegenheit zu verschaffen, ihre Einreden gegen die Bestrickung geltend zu machen.

Bergebens versuchten sie dieses in ihren Vertheidigungen gegen die Klage vermittelst Remonstrationen: ja ein eventuales Cautions=Anerbieten zur Lösung der Bestrickung wurde erst im Endurtheile über die Hauptsache beiseitgesetzt. In diesem Urtheile wurden übrigens die Gegenstände des Arrestes, also Capital und Zinsen, der Herzoglichen Cammer nicht nur unbedingt zugesprochen, sondern die Beklagten auch zum Kostenersatze condemniret.

In der zweiten Instanz, bei dem hiesigen herzoglichen Landesgerichte, wurden die Appellationen der Beklagten verworfen; wogegen sich die Beklagten an die damalige Appellations=Commission, als intermistisches Gericht dritter Instanz, wandten. Hier wurden die Appellationen der Beklagten zur Verhandlung gelassen, und so kam die Entscheidung an das am 2. Januar 1817 installirte gemeinschaftliche Oberappellationsgericht.

Diese historische Einleitung genüget, um das hier folgende Gutachten verständlich zu machen.



### Gutachten des Referenten.

Ein unnachlässliches Erforderniß der Haltbarkeit jedes Richterspruchs ist die Begründung der Befugniß zur Rechtsprechung. Da nun die Beklagten eine solche Befugniß den Herzoglich Braunschweigischen Gerichten in den vorliegenden Sachen nicht haben zugestehen wollen; so muß eine Prüfung dieser Einrede hier den

Isten Platz einnehmen.

Wenn die Behauptung sich nicht aufrecht erhalten läßt, daß der Amtseid des Richters alle die Schwächen der menschlichen Natur von ihm entferne, welche auf Freiheit, auf vollkommene Unbefangenheit seines Urtheils, ja selbst ohne es sich bewußt zu seyn, nachtheilig einwirken können: und wenn überhaupt wahre Märtyrer der Pflicht zu den selteneren Erscheinungen gehören; so kann nicht der Richter mit dem lebendigen Bewußtseyn der tugendhaftesten Festigkeit in seinem Verufe, — so kann eben so wenig eine Regierung, welche in eigener Sache das Urtheil der von ihr angesehen, und in mancherlei Abhängigkeit von ihr stehenden, Richter in Anspruch genommen hat, die Beforgniß ihrer Gegenpartei mißbilligen, daß das richterliche Urtheil nicht mit vollkommener Freiheit ausgestattet sey.

Erwägt man ferner, daß eine unverkennliche Unpäßlichkeit darin liegt, durch Gerichte des Herzogthums Braunschweig die Handlungen des gestürzten Königs von Westphalens richten zu lassen: indem

dieser die richterliche Qualität derselben über sich nicht anerkannt hat: und die Beklagten außer Stande sich befinden, jenen gewesenen König zur Vertretung wirksam adcitiren zu lassen, wodurch ihnen denkbar Vertheidigungsgründe verloren gehen können;

so scheint die Incompetenz der rein Braunschweigischen Gerichte, und des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts, ausgesprochen werden zu müssen.

Legt man aber dagegen in die Waagschale

1) daß das Durchlauchtigste Herzogliche Haus Braunschweig — weit entfernt, verlorene Rechte, verlorenes Staats- oder Fürstengut ohnmächtigen Unterthanen aus Machtvollkommenheit zu entwinden, und, mit zu verehrender Resignation auf Regentengewalt, Seine Ansprüche der richterlichen Beurtheilung unterwerfend — daß dies erhabene Fürstenhaus um deswillen nicht rechtlos (im juridischen Sinne des Wortes) bleiben kann, weil kein, die vorhin genannten Besorgnisse ausschließendes, Gericht vorhanden ist:

2) der Deutsche Bundestag höchsteigene Rechtsprechung in Fällen der vorliegenden Art abgelehnt, und deren Entscheidung, ihrer staatsrechtlichen Natur ungeachtet, an die ordentlichen Gerichte verwiesen hat;

so sehen sich diese Gerichte in einer, wenn gleich ungewöhnlich erhabenen, Function von einer Stelle anerkannt, welche, mit der höchsten Auctorität ausgestattet, den Deutschen der Stützpunkt des Rechts seyn soll.

Es mußten also die Beklagten vor den Herzoglich Braunschweigischen Gerichten Recht nehmen: vor

Gerichten, die sich hier gerade dann in der unangenehmsten Lage eines Richters befanden, wenn ihre Ueberzeugung der mächtigern Partei günstig war, weil sie dem Vorwurfe, der Einwirkung ihrer Verhältnisse auf ihren Ausspruch, nicht entgehen konnten. In zweien der vorliegenden Sachen ist ohnehin die Einrede des nicht zuständigen Gerichts in der Appellation an das Herzogliche Landesgericht nicht festgehalten, und konnte also in der jetzigen Instanz nicht wieder aufgenommen werden.

Es ist unmöglich zu leugnen, daß die Einholung der Entscheidung eines auswärtigen Spruchcollegiums — welche von dem Beklagten, gestützt auf die Vorschrift der Bundesacte im 12ten Artikel, dringend verlangt ist — höchst zweckmäßig gewesen seyn würde.

Die Herzoglich Braunschweigische Verordnung vom 15ten Januar 1814, die Einführung einer provisorischen Justiz- und Policei-Verfassung betreffend, enthält aber ein absolutes Verbot der Actenversendung zur Einholung einer Entscheidung.

Abgesehen von der Frage: — ob nicht in jener Vorschrift der Bundesacte eine dringende Veranlassung für die Herzogliche Regierung gelegen habe, das Verbot zurückzunehmen? — so mußten doch die Braunschweigischen Gerichte die ihnen zur alleinigen Richtschnur gegebene Proceßordnung um so gewisser nach wie vor befolgen, da von der Herzoglichen Regierung die Promulgation der Bundesacte nicht verfügt ist, mithin diese wichtige Urkunde von den Gerichten nicht

als höchstes Gesetz respectiret werden durfte, sondern für sie nur historischen Werth hat, und für deren Existenz und Echtheit bis jetzt im Herzogthume Braunschweig kein juridischer Beweis vorhanden ist.

Die vorhinige Braunschweigische Appellations-Commission, als interimistische höchste Gerichtsbehörde, hat, soviel ihr möglich war, zur Entfernung der Besorgnisse der Beklagten dadurch beigetragen, daß sie sich der Entscheidung nicht unterzogen, sondern das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht an seine Stelle hat eintreten lassen.

Und auch dieser oberste Gerichtshof — bis zur Promulgation einer Oberappellationsgerichts-Ordnung auf die Braunschweigischen Proceß-Gesetze interimistisch angewiesen, und also auch an das Verbot der Actentransmission gebunden — hat sich erst dann zur Entscheidung entschlossen, als sein, aus eigener Bewegung gemachter, Antrag „die Acten-Versendung in den vorliegenden Sachen ausnahmsweise zu gestatten“ bei der vormundschaftlichen Regierung des Herzogthums keinen Eingang gefunden hatte <sup>1)</sup>.

Bei so begründeter richterlicher Competenz, und bei so vorhandener unabänderlicher Verpflichtung, das Urtheil zu fällen, tritt nun

---

<sup>1)</sup> Die Parenthese würde zu groß werden, wenn ich dasjenige, was sich nachher und bis jetzt (1825) bei unserm D. A. Gerichte über die Actentransmission ereignet hat, hier einschalten wollte; und ich muß mir daher eine besondere Auskunft darüber vorbehalten.

## II.

die Frage hervor:

aus welchem Gesetzbuche ist hier zu entscheiden?

Gesetz und Vertrag sind die beiden positiven Rechtsquellen.

Gesetze können aber nur von der Oberherrschaft ausgehen; und es bleibt daher unter Staaten oder Fürsten, welche weder in einem Subordinations- noch Subjectionsverhältnisse stehen, nur der Vertrag als positives Rechtsfundament denkbar.

Da nun zwischen dem Französischen Kaiser oder dem Könige von Westphalen, auf der einen Seite, und dem Herzoglichen Hause Braunschweig, auf der andern Seite, wegen Abtretung des Herzogthums keine Uebereinkunft getroffen ist; so mangelt es zur Beurtheilung der Frage,

ob oder in wie fern das genannte Hohe Herzogliche Haus Verfügungen des Königs von Westphalen bestehen lassen müsse?

an aller positiven Rechtsnorm; und es bleiben dem Richter nur allgemeine, durch die Vernunft sanctionirte Rechtsgrundsätze zum Gebrauche.

Wohl dem Richter, wenn er in einem so erhabenen, einem Völkergerichte nicht unähnlichen, Berufe nur unbestreitbarer Axiomen bedarf! Denn nur in solchem Falle wird er Anerkennung der Werthhaftigkeit seines Ausspruches zu erwarten haben: weil jede Ausbildung eines naturrechtlichen, oder gar eines völkerrechtlichen, Principes den Verehrer einer positiven

Legislation, oder Subjectivität, erkennen lassen wird.

### III. Die, von den Beklagten verneinte, Frage:

Ist das Stift Gandersheim, schon vor der Französischen Occupation des Herzogthums, Eigenthum des Herzoglichen Hauses gewesen? muß nunmehr den ersten Platz einnehmen: weil deren Beantwortung auf die Legitimation der Herzoglichen Cammer zur Sache unverkennlichen Einfluß hat.

Die Beklagten haben Gründe zur Verneinung der aufgestellten Frage nur in dem positiven Privatrechte zu finden gewußt. Da dies aber zur Beurtheilung staatsrechtlicher Befugnisse Deutscher Reichsfürsten aus Reichsschlüssen nicht geschrieben ist; so muß sich Referent bei der Beantwortung jener Frage in vollkommener Unbefangenheit vom positiven Privatrechte zu erhalten suchen.

Und wenn nun Referent von dem Sage ausgeht:

daß Besitz und Recht ganz verschiedene, sich gegenseitig keineswegs ausschließende oder bedingende Begriffe seyen;

so verwahrt er sich nochmals gegen die Beimischung von Begriffen unserer Jurisprudenz: indem er

1) das Wort **Besitz** im bloßen Wortsinne nimmt, und nichts weiter darunter versteht, als das physische Vermögen, über eine Sache zu disponiren: ohne auf den juridischen Sinn der privatrechtlichen *possessio civilis* einzugehen: aber auch ohne sich auf den Sinn der *detentio* zu beschränken. Und

2) daß Referent mit dem Ausdrucke **Recht** jede, auch ohne Besitz gedenkbare, Zuständigkeit bezeichnet, und also, unter andern, den Begriff vom Eigenthume vollständig darin aufnimmt.

Da nun in dem, als Reichs-Grundgesetz sanctionirten, Reichs-Deputations-Hauptschlusse vom 25ten Febr. 1803 §. 4 dem Herzoglichen Hause Braunschweig-Wolfenbüttel die Abteien Gandersheim und Helmstedt zugewandt sind; so existirte das Recht des Herzoglichen Hauses von dem Moment an in seinem ganzen Umfange, in welchem der Reichs-Deputations-Hauptschluß zu einem Reichsgesetze erhoben wurde; und es bedurfte zur Vervollständigung dieses Rechts keiner Tradition oder Besitzergreifung, weil, nach dem obigen Axiom, Berechtigung durch den Besitz nicht bedingt wird, und die Erfordernisse des Privatrechts — unter andern, zur Vervollständigung des Eigenthumsrechts — rein positiv sind, und also hier nicht zur Anwendung kommen können.

Und da nun in jenem Reichsgesetze keine zerstörlische Zeitfrist zum Gebrauche der darin gegebenen Rechte vorgeschrieben war: Bestrafung des Nichtgebrauchs, oder einer Rechtsvernachlässigung, wie das ganze Institut der Verjährung aber nur den Stempel der Positivität an sich trägt; so kann der Verluft des Rechts des Herzoglichen Hauses auf die Abtei Gandersheim, oder eine Schwächung dieses Rechts daraus nicht begründet werden, daß der Herzog Carl Wilhelm Ferdinand von solchem Rechte noch keinen Gebrauch gemacht, und das Stift und dessen

eigene Vermögens-Verwaltung hatte bestehen lassen.

Noch weit weniger kann aber aus einem solchen Nichtgebrauche eine stillschweigende Verzichtleistung gefolgert werden: da andere Beweggründe — namentlich, Berücksichtigung der verwandtschaftlichen Verhältnisse des Herzogs Carl Wilhelm Ferdinand Durchlaucht und der letzten Frau Wittibin von Gandersheim <sup>1)</sup> — ganz nahe liegen: und der allegirte Reichs-Deputations-Schluß §. 55 ausdrücklich sagt:

„Die Stiftsfrauen und Fräulein bleiben in  
 „so lange bei ihrem bisherigen Genuße, als  
 „es dem neuen Landesherrn nicht rathlicher  
 „scheint, sie gegen eine zu ihrer Zufriedenheit  
 „zu regulirende Abfindung aufzuheben.“

Es bleibt daher keinem Zweifel ausgesetzt: daß das Stift Gandersheim schon vor der Französischen Occupation dem Herzoglichen Hause unbestritten gehört habe.

Ob übrigens die von dem Herzoglichen Cammer-Collegium angestellte Klage unter den Begriff der rei vindicatio, oder der actio publiciana, passe? ist ganz irrelevant: indem wir uns ins positive Privatrecht nicht verirren dürfen, und am wenigsten Römische Subtilitäten hier am rechten Orte seyn würden.

Hiermit glaubt Referent die präjudicialen Proceßfragen erledigt zu haben, und nunmehr

---

<sup>1)</sup> Princessin Caroline von Braunschweig, Schwester des Herzogs Carl Wilhelm Ferdinand.



IV. zu der Hauptuntersuchung übergehen zu können:

ob das Herzogliche Haus Braunschweig die vom Könige von Westphalen vorgenommene Veräußerung der Gandersheimischen Capitalien bestehen lassen müsse?

Es muß diese Untersuchung auf Feststellung der rechtlichen Folgen der Errichtung des Königreichs Westphalen gestützt werden.

Hier hat nun aber Referent die Untersuchung für unzuständig und zwecklos zu erklären: ob die Französische Occupation des Herzogthums Braunschweig aus genügender Veranlassung geschehen, ob sie gerecht oder ungerecht gewesen sey?

Der Rechtszustand unter unabhängigen Staaten, selbst durch Verträge bestimmt, hat seine Unsicherheit in sich selbst: weil er von der zufälligen Uebereinstimmung der pacificirenden Staaten über den Sinn und die Verbindlichkeit der Verträge, von der subjectiven Ueberzeugung und von der Entschlossenheit der Machthaber der Nationen abhängig ist.

Verträge zwischen unabhängigen Völkern, oder deren Regenten, haben daher nur historischen Werth, und die Stärke entscheidet in Fällen der Uneinigkeit.

Welchen schändlichen Unterjochungskrieg hätten die Väter des Römischen Volks nicht für gerecht erklärt!

Der vertriebene Französische Kaiser, oder die Französische Nation, erkennt in uns nicht ein Völker-

gericht; und wir werden es uns wohl nicht verhehlen, daß uns auch die Urtheilskraft über einen solchen Gegenstand mangle.

Möchte dereinst, wenn Leidenschaft und Nationalhaß abgekühlt seyn, wenn die Geschichtsforscher *sine ira et studio* ein Völkergericht vorbereitet haben werden, — möchte dies nicht die erste gewaltsame Einmischung in die inneren Convulsionen Frankreichs (wenn sie gleich durch das edle Bestreben, scheußlichen Verbrechen Maaß und Ziel zu setzen, motivirt war) als Mitveranlassung der nachherigen Drangsale Deutschlands nennen!

Wenn man daher ein Herzoglich Braunschweigisches Kreisgericht, welches in den gegenwärtigen Processen in erster Instanz geurtheilt hat, die Ungerechtigkeit des Krieges, in dessen Folge das Herzogthum Braunschweig dem Königreiche Westphalen einverleibt wurde, als seinen richterlichen Entscheidungsgrund aussprechen hört; so muß man das für ein richterliches Versteigen erklären; ja auch dann noch dafür erklären, wenn man die, aus ehrenwerther Anhänglichkeit an einen edlen, verehrungswürdigen, unglücklichen Fürsten herkommende, Behauptung unterschreiben könnte: daß Napoleon in dem Preussischen Heerführer nur diese Qualität, nicht aber einen Fürsten mit feindlichen Gesinnungen, habe erkennen dürfen.

Selbst wenn der edle Herzog Carl Wilhelm Ferdinand durch unbedingten Zwang genöthigt worden wäre, nicht nur die erste Invasion in das Innere

von Frankreich zu leiten, sondern auch den Preussischen Commandostab im Jahr 1806 zu übernehmen; ja wenn man ungezwungene, aufrichtig neutrale Gesinnungen bei dem verehrten Herzoge hätte voraussetzen können; so würde man es dennoch vielleicht großmüthig haben nennen müssen, wenn die nach verlorener Schlacht gesuchte Neutralität zustanden worden wäre. Zum Edelmuthe (eine dem damaligen Gewalthaber fremde Eigenschaft) gab es aber für den Feind keine vollkommene Verpflichtung.

Aus der Unbefugtheit der Eroberung des Herzogthums Braunschweig — zu deren rechtskräftigen Aussprechung kein Richterstuhl qualificirt ist — kann also hier das richterliche Urtheil nicht motivirt werden.

Referent glaubt, zu einer gründlichen Entscheidung nur dadurch gelangen zu können, daß er von der Erwägung ausgeht:

welche Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Regenten und den Unterthanen gegenseitig vorhanden sind.

Das Recht, den Scepter zu führen, mag als ein Eigenthumsrecht gedenkbar seyn; in keiner Europäischen christlichen Monarchie wird man aber die Vermessenheit haben können, den Staat als der willkührlichen, rechtlosen Disposition des Monarchen hin gegeben zu betrachten.

Und wenn man den Unterthanen-Pflichten den größten, einen ungemessenen, Umfang giebt; so kann dagegen der Herrscher von der Verpflichtung nicht freigesprochen werden, den Staat gegen feindliche In-

vationen zu schützen, Eigenthum, Freiheit und Sicherheit der Unterthanen zu schirmen.

Ob diese Forderung, in ihrem ganzen Umfange genommen, jede einzelne Provinz des vorhinigen Deutschen Reichs an ihren Fürsten zu machen berechtigt gewesen sey, braucht Referent hier nicht zu behaupten, und er kann, als seiner Ausführung unschädlich, nachgeben: — daß die Deutschen von der Gesamtheit des Deutschen Reichs Schutz gegen Invasionen zu verlangen gehabt hätten.

Als aber das Deutsche Reich aufgelöst worden war, da standen die Fürsten Deutschlands in höherer Qualität, in der Reihe der Regenten unabhängiger Staaten.

Wenn auch ein solcher Standpunct für Länder von nicht bedeutender Kraft, wie für ihre Regenten, gefährlich war: und es für die Weisheit der Regenten eine schwierige Aufgabe wurde, besonders bei dem feindlichen Zusammentreffen größerer Völker, eine schwache Selbständigkeit zu erhalten; so konnte doch jene Regenten=Verpflichtung aus dem Rechtsverhältnisse des Fürsten zum Staate, als ein wesentlicher Bestandtheil, nicht hinweggestrichen werden.

Wenn nun aber der Fürst in einer solchen kritischen Lage staatskluge Mäßigung, oder entschlossenen Patriotismus, vergebens bewährte, dem Eroberer weichen mußte, und seine Unterthanen der Verlegenheit nicht entreißen konnte, einen Fremden als Regenten anzuerkennen und demselben zu huldigen; so war der Vertrag, welcher den Staat und seinen ver-

triebenen Regenten verband, in seiner ganzen Wirklichkeit aufgelöst, ungeachtet die Deutsche Liebe zu einem angestammten Regentenhause in den Herzen der gewesenen Unterthanen fortlebte.

Es wird einer Erklärung nicht noch bedürfen, daß Referent hier das Herzogthum Braunschweig und dessen durch Alter und Großthaten ehrwürdige Regentenfamilie in dem Zeitpunkte vor Augen hat, wo das Herzogthum erobert und dem Königreiche Westphalen einverleibt wurde.

Wenn man behaupten wollte, daß das Rechtsverhältniß, welches vorhin zwischen den Braunschweigern und ihrem Regentenhause bestand, fortgelebt habe, ungeachtet die Braunschweiger, der feindlichen Willkühr preisgegeben, den König von Westphalen als ihren Landesherrn anerkennen mußten, und ihm mit Unterthanenpflicht verwandt wurden; so würde man aus einer Inconsequenz in die andere verfallen. Man würde das Homagium der Unterthanen des Königs von Westphalen, man würde die Amtseide der Westphälischen Staatsdiener und ihre Pflichterfüllung den Verbrechen zuzählen, — ja man würde über Braunschweiger, Hannoveraner und Hessen den Staab brechen müssen, welche, aus Unterthanenpflicht, als Westphälinger gegen die Sache ihrer vorhinnigen Fürsten fochten <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Als der im Beginnen der Schlacht von Jena schrecklich ver-

Alle handelten der Pflicht gemäß, und wir brauchen, um die Moralität einer ganzen Völkerschaft zu retten, das gefährliche Dogma nicht zu lehren: daß die dem Regenten wider Willen geleistete Huldigung, daß der dem Staate oder dem Staatsoberhaupte, aus unabwendbarer Nothwendigkeit geschworene Gehorsam nicht verpflichtet!

Keine Staatsgewalt wird eine solche Lehre, und mit ihr die Vertheidigung der Mentalreservationen, in den Volks-Catechismus aufnehmen lassen.

Wenn aber auch eine Religion, unter dem Schutze des Staats, eine solche Freistätte aller Unredlichkeit erbauen wollte; so könnte daraus doch kein Gewissenszwang begründet, und keinem Individuum vor dem Richterstuhle ein entkräftender Widerspruch entgegengesetzt werden, wenn es seine eingegangene Verpflichtung einer Deutung nicht unterwerfen will, und zu dem nach einer Reihe von Jahren ihm wiedergeschenkten Fürsten also redet: — Du warst mir zum Schutze verpflichtet, aber außer Stande, diesen zu gewähren, muß-

---

wundete Vater des Vaterlandes, Carl Wilhelm Ferdinand, auf seinem Wege zu einer fernen Grabstätte zum letztenmal im lieben Vaterlande ausgeruht hatte, und treue Staatsdiener sich Vorschrift zu ihrem Verhalten erbaten; da soll der Herzog geantwortet haben: „Behalten Sie mich und die Meinigen in gutem Andenken, und thun Sie Ihre Schuldigkeit, in welcher Lage sie auch kommen mögen!“ — ich wüßte keinen passenderen Text zu meiner Ausführung zu finden, als diese herrlichen Fürstenworte.

test Du mich der feindlichen Willkühr überlassen: wenn ich auch nicht mit Dir rechten will, wegen des Unglücks und der Drangsale, die dadurch über mich kamen, so magst Du mich noch weit weniger zur Rechenschaft ziehen, daß ich den neuen Regenten als Staatsoberhaupt respectirte, weil ich ihm, wenn gleich mit Betrübniß, doch ehrlich und ohne Tücke Unterthanen-Treue und Gehorsam geschworen hatte!

So darf die Gesammtheit des Volks, so darf das Individuum zu dem wiedergekommenen Fürsten reden.

Referent glaubt sich nun vorbereitet zu haben, die von allen Seiten her gegen ihn auftretende Behauptung gehörig würdigen zu können, — daß, ohne Einwilligung der vertriebenen Fürsten, die Länder derselben dem Königreiche Westphalen rechtsgültig nicht hätten einverleibt werden können; mithin alle Dispositionen des Königs von Westphalen, wie der von den nicht abgetretenen Unterthanen mit diesem Könige eingegangene Staatsvertrag, nichtig und wirkungslos gewesen wäre. —

Es stützt sich diese Behauptung auf den Grundsatz — daß Gewalt an und für sich kein Recht begründen könne, und daß mithin das sogenannte Recht des Stärkeren kein Recht sey. —

Und ferner allegiret Referent hier gegen sich das — oben zu einem anderen Zwecke aufgeführte —

Axiom: daß Vertrag und Gesetz als die einzigen Quellen der Rechte und Verbindlichkeiten gedenkbar seyen: und daß, folglich, da die vertriebenen Deutschen Fürsten zu einem Subjections-Verhältnisse zu dem Eroberer sich nicht erniedrigt haben, ohne deren Einwilligung, ohne mit dem Eroberer Frieden geschlossen zu haben, der Eroberer ohne einen Rechtsgrund besessen habe, oder ein Usurpator gewesen sey.

Richter und Rechtsgelehrte sind bisher (so weit ich Kenntniß von deren Aussprüchen habe erlangen können) auf diesem Fundamente stehen geblieben, um, in bequemer Schlußfolge, angefochtene Veräußerungen des Königs von Westphalen für nichtig erklären zu können.

Ein falscher Angriff auf eine wirklich unhaltbare Position ist der letzteren vortheilhaft, weil ihr dadurch eine Name verschafft wird. Durch einen solchen Angriff haben diejenigen ihrer Sache geschadet, welche in dem Tilsiter Friedensschluß jenen Rechtsgrund finden, und dadurch die Anwendung jener Axiome verhindern wollen.

Die Deutschen Fürstenhäuser, welche verlorene Rechte reclamiren, haben jenen Friedensschluß nicht anerkannt: ja der Durchlauchtigste Herzog Friedrich Wilhelm zu Braunschweig hat zur Rechtsverwahrung sehr unzweideutige Protestation erlassen: und unanfechtbar ist der Satz, daß Verträge nur die Paciscenten binden: und daß also die Einwilligung Seiner Majestät des Kaisers von Rußland, und Sei-



ner Majestät des Königs von Preußen in die Bildung eines Königreichs Westphalen den Consens der Fürsten, deren Länder dazu verwandt wurden, nicht ersetzen konnte. Es läuft auf eine Ungereimtheit hinaus, jenen Monarchen auch nur eine solche Absicht beizumessen. Sie hatten für die innere Rechtsbeständigkeit des Königreichs Westphalen kein Wort zu reden, und es konnte von ihnen nur gefordert werden, das neue Königreich in seinen äußeren staatsrechtlichen Verhältnissen gegen ihre eigenen Reiche anzuerkennen.

Und nur zu solchem Zwecke, und zur Beurkundung des Friedensstandes mit den Nachbarstaaten und anderen Europäischen Mächten, erfolgte auch deren Anerkennung dieses Königreichs.

Durch den Tilfiter Frieden konnte also die fehlende Einwilligung der ihrer Länder durch die Gewalt der Waffen beraubten Fürsten nicht ersetzt werden.

Da aber Referent gar nicht gemeinet ist, hiermit die Nothwendigkeit solcher Einwilligung zur Aufrechthaltung der vom Könige von Westphalen geschlossenen Verträge der vorliegenden Art zuzugeben; so muß Referent nunmehr seine eigene Meinung hierüber entwickeln.

Er hat schon ausgeführt, daß uns kein richterlicher Ausspruch darüber zustehe, ob die feindliche Occupation des Herzogthums irgend wodurch veranlaßt, oder vollkommen ungerecht gewesen sey.

Doch die Rechtsgrundsätze sollen, auf einen Augen-

blick, dem Gefühle den Platz räumen, und wir wollen einmal annehmen, es stände als eine von Freund und Feind anerkannte Wahrheit fest: daß die Eroberung des Herzogthums keine rechtfertigende Veranlassung gehabt habe; so geht daraus noch keineswegs die Nichtigkeit alles dessen hervor, was in Folge dieser Eroberung geschah. Und zwar um deswillen nicht: weil wir das eroberte Herzogthum nicht als eine willenlose bloße Sache, nicht als Eigenthum seines Regenten betrachten dürfen.

Die Regenten-Rechte des Herzoglichen Hauses waren mit Regenten-Verbindlichkeiten so unzertrennlich verbunden, daß das Rechtsverhältniß zwischen Staat und Regent in dem Augenblicke aufhörte, als der Regent den Staat schutzlos dem Feinde preisgeben mußte. In der Natur des zwischen dem Regenten und dem Staate vorhandenen — gleichviel ob urkundlichen oder stillschweigenden — Vertrags liegt eine absolute Reciprocität: und ein einseitiges Fortbestehen ist eben so undenkbar, als Unterthanen-Gehorsam gegen einen aller Regenten-Gewalt beraubten Fürsten, Unterthanen-Pflichten gegen einen solchen Fürsten im Widerspruche mit dem dem wirklichen Regenten geleisteten Homagium. Regenten-Prädicate sind bloße Titel bei dem Fürsten ohne Land und ohne Regierungsgewalt.

Ohne die absurde Behauptung aufstellen zu wollen, daß sich die Braunschweiger als Unterthanen des Königs von Westphalen wohlbefunden hätten; so wird

doch wohl nicht geleugnet werden können, daß ihre neue bürgerliche Existenz dem rechtlosen Zustande einer eroberten Provinz vorzuziehen gewesen, und daß es die schrecklichste Lage eines Landes sey, der Geißel eines feindlichen Gewalthabers unterworfen zu seyn, und den gemeinen Krieger als Satrapen einer feindlichen Macht respectiren zu müssen.

Von ihrem angestammten Regentenhause der feindlichen Gewalt schuglos überlassen — indem nicht einmal durch einen Vertrag mit dem Eroberer für die hilflosen Unterthanen gesorgt wurde — mußten es also die Braunschweiger für ein Glück erkennen, daß es in dem Interesse des Eroberers lag, sie dem Könige von Westphalen zu Unterthanen anzuweisen. Und die Berechtigung der Braunschweiger, wie der Hannoveraner und Hessen, dem Könige von Westphalen als Landesherrn zu huldigen, lag — wiederholt Referent — darin, daß das Rechtsverhältniß, in welchem sie zu ihrem vorigen Fürsten gestanden, in der That und Wirklichkeit aufgehört hatte.

Das Völkerrecht besteht aus reinen Rechtsbegriffen, es kennt Verträge nur ihrem Wesen und Inhalte nach, und fremd sind ihm die Träumereien des positiven Rechts vom Wiederaufleben zerstörter Rechtsverhältnisse, das, nach reinen Begriffen, immer in einem neuen Rechtsgeschäfte besteht.

Es scheint nicht un Zweckmäßig, denen, welche eine solche Rechtswiederaufhebung zum Entschei-

dungsgründe in Processen der gegenwärtigen Art, als sich von selbst verstehend, annehmen wollen, den Fall zur Proba ihrer Meinung vorzulegen, wenn die Vorsehung erst nach einer längeren Reihe von Jahren — wir wollen ein ganzes Sæculum nehmen — die Regentenfamilien zurückgeführt hätte. Welche furchtbare Rechts-Zerstörungen würde dann jene Meinung zu rechtfertigen haben, ohne in der dem Völkerrechte unbekannten Verjährung Schutz finden zu können.

Das Recht, welches nur in der Vernunft gegründet ist, kennt eben so wenig Rechtsformen.

Daher bedurfte die schon vollstreckte Zerreißung des Rechtsverhältnisses zwischen Fürsten und Unterthanen keiner weiteren Beurkundung: und, ohne eine formale Erlassung der Unterthanen-Pflichten, waren demnach die Völkerschaften, welche in dem Königreiche Westphalen vereinigt wurden, vollkommen berechtigt, diesem Staate in seinem Oberhaupte zu huldigen; und es war also dieser Staat, wie in seinen Verhältnissen nach Außen, so auch in Hinsicht der ihn bildenden Volksstämme, ein wohlbegrundeter Staat.

Unmittelbar folgt hieraus, daß diese Völkerschaften — ihre Gesammtheit so wenig als Individuen — von den durch die Vorsehung ihnen zurückgegebenen Fürsten weder über ihre dem Könige von Westphalen geleistete Huldigung, noch überhaupt wegen Handlungen zur Rechenschaft gezogen werden können, durch welche sie den König als wahres Staats-

oberhaupt respectirten, — unter welche Handlungen die Verträge gehören, durch welche die hier in Frage stehenden Gandersheimischen Capitalien von den Beklagten an sich gebracht wurden.

Da von den Vertheidigern der streitigen Reclamationen auf den Mangel eines Friedensschlusses ein so vorzügliches Gewicht gelegt wird; so möge es erlaubt seyn, noch eine andere schwache Seite dieses Grundes aufzusuchen.

Wenn Napoleon die Einwilligung der ihrer Länder beraubten Fürsten der Errichtung des Königreichs Westphalen zur Bedingung gemacht hätte, würden dann Diese Fürsten zur Einwilligung in die Verwendung ihrer Länder nicht verpflichtet gewesen seyn, um ihre Völker dem unabsehbaren Unglücke einer fortgesetzten feindlichen Behandlung zu entziehen?

Oder waren die Fürsten nicht verpflichtet, ihre, an allen über sie gekommenen Drangsalen unschuldigen, Völker gegen rechtlose Vergewaltigung durch Gewalt oder durch einen mit dem Sieger zu schließenden Vertrag möglichst zu schützen?

Wer diese Fragen zu verneinen sich entschließen könnte, der würde bei Deutschen Fürsten keinen Beifall finden, weil er ihre Völker zu einem Gegenstande des unbeschränkten Eigenthums herabwürdigte, und das Wohl der Völker von dem Widerwillen der vertriebenen unglücklichen Fürsten, mit einem verhassten Eroberer zu pacisciren, abhängig erklärte.

Auch das Herzogliche Haus Braunschweig wäre

daher, in einer Lage, wo Dasselbe im Auslande persönliche Sicherheit suchen mußte, zur augenblicklichen Rettung seines schutzlosen Vaterlandes zur Erklärung seiner Resignation absolut verpflichtet gewesen: und da diese absolute, letzte, subsidiarische Regentenpflicht feststand; so kann deren unterlassene Erfüllung — sie mag vom Sieger für unnöthig gehalten, oder (welches einen Vorwurf begründen würde!) verweigert worden seyn — keinen Anspruch an diejenigen begründen, welche solche Pflichterfüllung zu fordern vollkommen berechtigt waren. Und es ist diesernach nicht zu leugnen, daß diejenigen, welche in der nicht geschehenen Einwilligung der Fürsten die Rechtfertigung der Reclamationen der vorliegenden Art sehen, eine Klage der Fürsten durch deren unterbliebene Pflichterfüllung begründen wollen.

Es entsprach dem Interesse der genannten ehrwürdigen Fürstenhäuser, daß der Französische Kaiser ihre Staaten aus dem Zustande erobelter Provinzen in irgend eine geregelte bürgerliche Existenz versetzte, ohne eine Resignation zur *conditio sine qua non* zu machen, welche als letzte Regentenpflicht gegen die unglücklichen Unterthanen nicht hätte verweigert werden dürfen: denn so blieben sie im Kriegszustande gegen den Eroberer <sup>1)</sup>, und es wurde ihr Recht der Wiederero-

---

<sup>1)</sup> In diesem Zustande befand sich daher der heldenmüthige, kühne Herzog Friedrich Wilhelm, als Er Sich mit einer

berung conserviret. Aber auch nur dieses Recht wurde conserviret, ein Recht, welches nur die Berechtigten und den Eroberer, nicht aber die Berechtigung und Verpflichtung der gewesenen Unterthanen berührte, ihr neues Vaterland für einen begründeten Staat, und die Regierung desselben wegen ihrer Verfügungen in dem Staatshaushalte und über Staatsvermögen nur sich selbst verantwortlich zu halten.

Dies führet zur Prüfung der vom Cammer-Anwalde, als eventuellen und subsidiarischen Klaggrund, aufgestellten Behauptung:

daß selbst nach der Staatsverfassung des Königreichs Westphalen der König zu der Veräußerung der Ganderheimischen Capitalien nicht berechtigt gewesen sey.

Es wird für unwidersprechlich gehalten werden dürfen, daß den Gerichten der wiedereingefetzten Fürsten darüber die Zuständigkeit eines Richterspruchs gänzlich mangle: ob die Westphälische Staatshaltung verfassungsmäßig geführt worden sey?

Am allerwenigsten würde es aber gerechtfertigt werden können, nach geschehener Auflösung des Königreichs — welches also als Staat einen Vertheidiger nicht mehr constituiren kann — den hier in An-

---

Feldenschaar im Jahr 1809 einen Weg von Böhmen bis zur Nordsee bahnte; und es war demnach die Benennung des Edlen Fürsten in einer samtsen damaligen Westphälischen Proclamation nicht bloß höchst ehrenkränkend, sondern auch vollkommen ungerecht.

spruch genommenen Unterthanen, welche mit dem anerkannten Staatsoberhaupte contrahirten, die Rechtfertigung der Staatshaushaltung, als Bedingung der Rettung ihres Vermögens, aufbürden zu wollen.

Angenommen, der König von Westphalen habe — was der Herzogliche Cammer-Anwalt behauptet — die Stiftsgüter, und mit ihnen die Capitalien der Abtei Gandersheim, der Staatscasse constitutionsmäßig überlassen müssen; so bildeten die Reichsstände die Behörde, welche sich etwaigen Eingriffen hätte entgegenstellen müssen. Ob die Reichsstände ihre Pflicht vernachlässigt haben? Darüber kommt uns kein Richterspruch zu: und wenn in dieser Hinsicht ein competentes Dikasterium existirte; so dürfte dasselbe nicht ungehört verurtheilen.

Die in den gegenwärtigen Sachen angefochtenen Veräußerungen begründen aber nicht einmal einen Vorwurf gegen die Westphälischen Reichsstände. Denn wenn bei dem Abschlusse der Rechnung vom Jahre 1812, über die zur Civilliste dem Könige bestimmten fünf Millionen Franken, die eingezogenen oder cedirten 16,000 Thaler Gandersheimischer Capitalien in Anrechnung gebracht wurden; so war der Staatscasse vollkommen satisfacirt.

Es constirirt nicht, daß eine solche Abrechnung vom Jahre 1812 vor der Auflösung des Königreichs noch bewirkt sey. Gesezt aber, sie existirte, und es wären darin solche 16000 Thaler dem Könige nicht zur Last gesezt; so hätte dies, wenn man es wirklich für constitutionswidrig gehalten



haben sollte, auf eingebrachte Erinnerung in einer folgenden Rechnung wieder gutgemacht werden können: indem von keinem unschätzbaren Staatsgute die Rede war.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß, wenn wir den Westphälischen Staat wegen einer angeblichen Verletzung seiner eigenen Constitution zur Verantwortung zu ziehen berechtigt wären, in den hier vorliegenden Sachen seine Rechtfertigung keine Schwierigkeit haben könnte: und wenn auch die eventuale Einrede der Beklagten:

der geschehenen Verwendung zum Besten des Staats,  
keinen so ungemessenen Umfang hätte, als sie wirklich hat.

Da die Wichtigkeit und Relevanz dieser Einrede sogar von den Vertheidigern der Landesherrlichen Reclamationen der hier streitigen Art anerkannt ist; so wird es nicht am unrechten Orte seyn, — wenn gleich dadurch das unmaaßgebliche Gutachten über die Entscheidung der gegenwärtigen Prozesse nicht bedingt wird — diese Einrede näher ins Auge zu fassen.

Wer vom gerechten Haß gegen eine fremde Herrschaft und von wohlbegründeter Liebe zu angeborenen Fürsten durchdrungen, ein so befangenes Urtheilsvermögen sogar auf den Richterstuhl mitbrächte, daß er nur da jene Version statuiren wollte,

wo die Verwendungen zur noch existirenden Besserung des Staatsvermögens, und

also zum Vortheile der jetzigen Regierungen geschehen sey,  
 gegen einen solchen kann Referent nicht in die arena treten; sondern er zieht sich bescheiden zurück, weil er selbst einer solchen Befangenheit, jedoch bloß ihres edlen Entstehungsgrundes wegen, Achtung nicht versagen kann <sup>1)</sup>).

<sup>1)</sup> In der Besorgniß, daß es meinen Lesern als eine etwas übertriebene Bescheidenheit, oder wohl gar als etwas Unedles erscheinen könnte, wenn ich sogar einer Befangenheit des richterlichen Urtheils Achtung nicht versagen, darf ich zu meiner Rechtfertigung nur an die triviale, aber wichtige Wahrheit erinnern: daß auch der Richter Mensch, ein Wesen mit Herz und Gefühl, bleiben muß. Und welcher Richter, wenn er gewohnt ist, seine richterlichen Verstandes-Operationen durch seine Vernunft beobachten zu lassen, wird so anmaaßend seyn können, sein Urtheil in allen Fällen für vollkommen frei von Einwirkungen und Befangenheit erklären zu wollen. Wer gewissenhafte Aufsicht über sich selbst führt, sollte der z. B. seinen Wunsch, daß eine unmoralische Forderung nicht siegen möge, niemals in der Begleitung eines unrichterlichen Strebens ertappt haben? — Ich wollte den entgegengesetzten Fehler derer vermeiden, welche, vergessend, daß hier von einer mathematischen Wahrheit nicht die Rede ist, in zu lebhafter Ueberzeugung der Rechtlichkeit der hier in Frage stehenden Reclamationen keine andere subjective Ueberzeugung dulden, und wohl gar geneigt sind, solche für das Erzeugniß einer Opposition gegen das Regierungs-Interesse auszugeben! — Auch schwebte mir die anerkannte Rechtlichkeit und Werthhaftigkeit der Männer vor, durch welche alle Reclamationen der Herzoglich Braunschweigischen Regierung veranlaßt seyn können oder vertheidigt werden. Selbst eine leidenschaftliche Vertheidigung der Gegenparteien wird diesen Männern verwerfliche Beweggründe beizumessen sich nicht entschließen können. Männer, die das Vertrauen auf ihre Rechtlichkeit nicht verwirkt haben — (ich bin so stolz mich zu solchen zu zählen) — Können gegenseitig ihre Ueberzeugungen, wenn sie das alleinige Motiv ihres Handelns sind, achten, und wenn sich auch die Ueberzeugungen selbst befinden.

Zu denen aber wendet er sich, welche ihm zu-  
geben, daß alle Verwendungen hierher gehören, welche  
der Staat oder der Regent dem Staatsinteresse an-  
gemessen erachtete.

Wenn diese Definition nicht zu weit ist — (ich  
fühle mich zu deren Vertheidigung gegen jeden An-  
griff ausgerüstet) — so können unter dem Capitel  
der nützlichen Staatsausgaben sogar Summen vor-  
kommen, wodurch die amica eines wichtigen Mannes  
geneigt gemacht wurde.

Sa wir würden die hier in Frage stehenden  
16000 Rthlfr. unter jenem Capitel stehen lassen  
müssen, wenn sie zu dem damaligen Kriege, und also  
sogar gegen das Interesse der jetzigen Re-  
gierungen verbraucht worden wären: weil wir in  
unserer Beurtheilung das Interesse des Königreichs  
Westphalen nicht aus den Augen verlieren, und,  
im Widerstreite mit unserm Gefühle, nicht verken-  
nen dürfen, daß Vertheidigung des Königreichs  
sein höchstes Staatsinteresse seyn mußte. Und wenn  
durch die Meinung des Staatsoberhauptes, daß eine  
Verwendung zu den seiner Vorforge anvertrauten  
wichtigsten Staatsinteressen nothwendig oder nützlich  
sey, die Verwendung unter die Categorie der hier be-  
trachtet werdenden Versionen gebracht wird; so folgt  
hierauf ferner, daß der richterlichen Beurtheilung  
hier gar kein fester Grundsatz gegeben werden kann,  
weil sogar das Capitel der ungenannten Ver-  
wendungen noch keineswegs Vergeudungen bezeich-  
net, und aus der Staats-Haushaltungs-Rechnung so

lange nicht hinweggestrichen werden kann, als selbst die ehrlichste Staatsklugheit oft Geheimnisse nicht entbehren kann.

Dem Staatsoberhaupte und den Verwaltungs-  
Behörden stehet die Vermuthung ordentlicher Ver-  
wendung des Staatsvermögens zur Seite; und der  
Zahlende, durch eine Zahlung gegen kein verbiethendes  
Gesetz anstoßend, muß daher gegen die Einrede der  
nicht erfolgten Verwendung zum Nutzen des  
Staats vollkommen geschützt seyn, wenn die Zah-  
lung entweder in eine Staatscasse, oder gemäß des  
Befehls des Staatsoberhauptes geleistet worden war.  
Und es mußte also den Beweis einer unrechtmäßigen  
Verwendung der führen, welcher sie behauptet: und  
es könnte, bei nicht fehlerhaft geleisteter  
Zahlung, ein solcher Beweis nur gegen den  
Malversanten Ansprüche geben.

Diesemnach wäre auch das *ultimum refugium*  
der Beklagten — wenn ihr Heil davon abhinge —  
begründet: indem die von einer rein Königli-  
chen Behörde verwalteten Sandersheimischen Capi-  
talien an den Intendanten des Königlichen Hauses,  
der durch ein ausdrückliches Decret autorisirt war, ge-  
zahlt wurden.

Eine wichtige Erwägung muß hier noch ihren  
Platz finden.

Aus den vorhergehenden Ausführungen folgt nur,  
daß das Regenten-Verhältniß der ihrer Länder  
beraubten Fürsten zu ihren Ländern aufgehört habe,  
und das Königreich Westphalen als ein gehörig be-

gründeter Staat zu betrachten gewesen sey, mithin dessen Dispositionen über das Staatsvermögen von den wiederingesetzten Fürsten nicht angefochten werden könne. Es sind also jene Ausführungen nur gegen die Fortdauer der Regentenrechte gerichtet gewesen; es erreichen aber die aufgeführten Gründe die Fürsten nicht als Eigenthümer ihres Privatvermögens, weil diese Qualität ganz unabhängig vom Regenten bestehen kann.

Da indessen der Reichs-Deputations-Hauptschluß von 1803 keinen Zweifel dagegen aufkommen läßt, daß die Stifter Gandersheim und Helmstedt nicht der Herzoglichen Chatouille, sondern dem Staate als Entschädigung für entzogene Gerechtsame überwiesen worden waren; die Herzogliche Cammer auch diese Qualität des Stiftsvermögens nicht verabredet, und die in Frage stehenden Capitalien als Staatsgut reclamiret <sup>1)</sup>: so ist Referent der schwierigen Erörterung einer hier nicht vorhandenen Frage überhoben.

Als letzten subsidiarischen Entscheidungsgrund giebt Referent nur noch folgende Erwägung. Es stand in der Macht des Königs von Westphalen, den Gandersheimischen Schuldner zur Ablage der Capitalien zu nöthigen: und daß eine solche Zahlung den Schuldner liberiret haben würde, haben sogar die Vertheidiger der Reclamationen nicht leugnen wollen

---

<sup>1)</sup> Das Herzogliche Cammer-Collegium hatte bis zur Wiederherstellung einer landständischen Verfassung, welche im Jahr 1823 erfolgte, das gesammte Staatsvermögen zu verwalten.

ja anerkannt <sup>1)</sup>. Sollte es nun wohl in effectu einen Unterschied begründen können, wenn der König zur Schonung eines bedrängten Schuldners den Weg der Cession der Capitalien vorzog!

Die subtilen Distinctionen unsers positiven Rechts können hier bei einer vom positiven Rechte nicht befangenen rechtsphilosophischen Untersuchung keinen Platz finden.

Oder sollte wohl, selbst nach positivem Rechte, die Deduction irgend schwierig seyn, daß nur gegen vollständige Entschädigung des Erwerbers einer a non domino veräußerten Sache die vindication statthaben könne, wenn ohne die fehlerhafte Erwerbung die Sache für den Eigenthümer ganz verloren gewesen seyn würde?

V. und zuletzt ist nun noch zu begutachten die Appellations-Beschwerde der Beklagten, welche folgenden Gegenstand hat:

- 1) daß der Anspruch der Herzoglichen Cammer mit einer Arrestanlage bei den Schuldnern der Capitalien begonnen habe;
- 2) daß dieser Arrest sogar mit einer Hemmung der Zinsenzahlung an die Be-

---

<sup>1)</sup> In diesem Auerkenntniß scheint mir zugleich ein Auerkenntniß meines Haupt-Entscheidungsgrundes zu liegen. Denn der zurückgekommene rechtmäßige Regent kann nur aus dem Grunde eine vom Eroberer erzwungene Zahlung anerkennen müssen, weil der Regent, zum Schutze gegen Vergewaltigung verpflichtet, diesen Schutz nicht leistete.

klagten verbunden gewesen sey; und  
 3) nicht einmal zur Lösung des Arrests,  
 und mindestens in Hinsicht der Zin-  
 senzahlung, das eventuale Cautions=  
 Erbieten beachtet worden sey.

Es wird kaum einer Bemerkung bedürfen, daß  
 die Würdigung dieser Beschwerde aus unserm posi-  
 tiven Rechte geschehen müsse.

Die Herzogliche Cammer und die Gerichte der  
 beiden vorigen Instanzen haben sich zur Rechtferti-  
 gung des Arrests lediglich auf den 80sten Titel der  
 Braunschweigischen Hofgerichts-Ordnung, und zwar  
 auf den §. „Oder auch wann ic.“ bezogen.

Referent hat einen Rechtfertigungsgrund darin  
 nicht entdecken können. Das Gesetz — über dessen  
 Paßlichkeit auf den gegenwärtigen Fall sich weder der  
 Cammer-Anwalt, noch die richterlichen Entscheidungs-  
 gründe herausgelassen haben — lautet wie hier folgt:  
 „Oder auch wann es eine Erbschaft oder andere fa-  
 „rende Haab belangen würde, dy vermuthlich von  
 „den Inhabern derselben verrücket oder alieniret wer-  
 „den möchte ic.“

Es ist nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber  
 den allgemeinen Arrestsgrund, Gefahr eines Ver-  
 lusts, vor Augen hatte. Da nun jeder der vorlie-  
 genden Proceße eine bestimmte Geldsumme zum Ge-  
 genstande hat, und der Cammer-Anwalt nicht einmal  
 behauptet, daß der Vermögenszustand der Beklagten  
 der Art sey, daß die Besorgniß des Verlustes der strei-  
 tigen Summen begründet werde: so fehlt es hier

ganz an einem Arrestgrunde; und es ist vielmehr gerade das geschehen, was die Hofgerichtsordnung im allegirten Titel verhindern wollte, und ernstlich verbietet in den Worten: „daß Niemand sein „Recht mit Kummer, noch *ab executione* an= „fange.“

Könnten die streitigen Summen über ihren Nominalwerth geschätzt werden; oder bliebe ein — jedoch nicht angegebenes — Interesse der Herzöglichen Cammer gedenkbar, gerade diese identischen Capitalien, und nicht bloß Geldsummen, zu erstreiten: so wäre einem solchen Interesse durch Verhinderung der Ablage der Capitalien vollkommen genügt gewesen; und es erscheint daher das Verbot auch der Zinszahlung an die Beklagten als eine gar nicht zu rechtfertigende Maaßregel, wodurch den Beklagten vor entschiedener Sache die Benutzung dieses ihres Vermögens entzogen wurde.

Ja es ist gegen diese Verfügung nicht einmal das Cautions=Unerbieten der Beklagten berücksichtigt worden. Denn statt nunmehr ohne Weiteres die Beklagten zur wirklichen Cautions=Bestellung hinzuzulassen, wurde jede der Natur des summarischen Arrestprocesses entsprechende Verfügung den Beklagten vorenthalten, und erst im Urtheile über die, im ordentlichen Prozesse betriebenen, Hauptsachen wurde auch über den Cautionspunkt abgesprochen: und zwar auf eine Art, die noch einen neuen Vorwurf begründet. Es erfolgte nämlich keine Vorschrift zur gehörigen Bestellung der durch Bürgen und Verpfändung



offerirten Caution; sondern es ward das Caution=Anerbieten ganz bei Seite gesetzt, aus Gründen, die merkwürdig also lauten:

„Endlich auch Fürstliche Cammer, die  
 „von dem Beklagten nur im Allge=  
 „meinen, und ohne eigene Erklärung  
 „des vorgeschlagenen Bürgen, daß er  
 „solche Bürgschaft zu übernehmen  
 „bereit, und auf welche Weise er  
 „solche zu leisten gemeinet sey, an=  
 „erbotene Caution anzunehmen ver=  
 „weigert hat.“

Gehörte denn dasjenige, was hier der Richter im Caution=Erbieten vermißt, nicht in den Act der Caution=Aufnahme und Bestellung! Oder kann ein Richter aus der bloßen Weigerung einer Partei seinen Rechtsgrund motiviren, ohne auf den Weigerungsgrund einzugehen und denselben sich anzueignen!

Käme bei der Tendenz der gegenwärtigen Begutachtung auf den Cautionspunct noch etwas an; so würde wohl die Statthastigkeit einer Caution zur Lösung des Arrests keiner Ausführung bedürfen. —

Die Behauptung des Cammer-Anwalts, daß die Anlegung des Arrests rechtskräftig geworden sey, ist nicht gegründet. Denn auf einseitiges Ansuchen wurde sogleich der Arrest verfügt, und erst in dem Urtheile über die Hauptsache erfolgte eine Entscheidung in contradictorio auch über den Arrest. Durch

unterbliebene Einleitung des Arrests=Justifications=Verfahrens war den Beklagten die Gelegenheit benommen, ihre Einrede auf regelmäßige Art geltend zu machen; und sie konnten daher, nach vergeblichem Bemühen um Beilegung des Streits, sich nur vertheidigen, wie sie gethan haben. — Aber auch selbst im Falle der Rechtskraft der Bestrickungs=Verfügung wäre die Cautions=Bestellung gerade an ihrem rechten Plage gewesen. Referent weiß es nicht zu entdecken, von welchem Moment an sich hier eine Rechtskraft datiren solle.

Diesem Allen nach geht das unmaaßgebliche Votum des Referenten dahin:

daß zwar die vorigen Gerichte und das Oberappellationsgericht für competent zu erkennen; die angefochtenen, vollkommen gleichförmigen Urtheile der ersten und zweiten Instanz aber dahin gänzlich zu reformiren, daß

- 1) die angelegten Arreste nicht nur aufzuheben, sondern auch
- 2) die Herzogliche Cammer mit ihren Ansprüchen an den in Frage stehenden Capitalien und Zinsen abzuweisen, und
- 3) zum Erfasse der Kosten aller Instanzen zu verurtheilen sey.

VI. Eine solche Entscheidung des Kostenpuncts wird durch die begutachtete Entscheidung der Hauptsache um so mehr begründet, wenn man dabei den §. 11 des Braunschweigischen Proceßgesetzes vom 3. Februar 1814 in Erwägung zieht, welcher sagt:

„In der Regel zieht der Verlust der Sache auch die  
 „Erstattung der Proceßkosten nach sich, und darf nur  
 „aus besonders dringenden, im Erkenntnisse  
 „anzuführenden, in der Beschaffenheit der Sache,  
 „nicht dem persönlichen Verhältnisse der streitenden  
 „Theile liegenden Gründen, auf Vergleichung der  
 „Kosten erkannt werden.“

Auf eben dieses Gesetz haben auch die vorigen  
 Richter die Condemnation der Beklagten im Ko-  
 stenspunkte gestützt. Sie kann daraus aber nicht ge-  
 rechtfertigt werden. Denn selbst wenn man der  
 Hauptentscheidung der vorigen Gerichte beistimmen  
 könnte, so würde man die vom Gesetze erforderten  
 besonders dringenden Gründe zu einer Kostenverglei-  
 chung zum Besten der Beklagten weder in der Natur  
 und Beschaffenheit ihrer Sache, noch darin verkennen  
 können, daß der Anspruch mit einem nicht zu recht-  
 fertigenden Arrest begonnen wurde.

(Dieses Botum mit den Acten an's hohe Prae-  
 sidium Collegii abgegeben 4. Junius 1817.)

Das Oberappellationsgericht erkannte aber für  
 Recht:

„daß die vorigen Erkenntnisse zu bestätigen, Be-  
 „klagte auch die Kosten dieser Instanz der Klägerin  
 „zu erstatten schuldig seyen; dabei jedoch denselben  
 „vorbehalten bleibe, einen Anspruch wegen nützlicher  
 „Verwendung der für das streitige Capital gezahlten  
 „Gelder, wenn sie solchen gegen die Klägerin begrün-

„den zu können verneinen sollten, in einem beson-  
„deren Rechtsstreite klagbar zu machen.“

### G r ü n d e :

„Das Erkenntniß des Unterrichters über die ge-  
„gen dessen Zuständigkeit aufgestellte Einrede hat die  
„Rechtskraft beschritten, da die an das Mittelgericht  
„ergriffene Appellation diesen Punct weder in der  
„Rechtfertigung, noch in dem Schlußgesuche berührt.  
„Es ist also dieser Gegenstand, welcher überdem aus  
„der Verfassung der Deutschen Staaten überhaupt  
„und des Herzogthums Braunschweig insbesondere  
„seine Erledigung erhält, nicht einmal anher er-  
„wachsen.“

„Von der über den erkannten Arrest geführten  
„Beschwerde muß ein Gleiches angenommen werden.  
„Denn die Klägerin hatte ihren Antrag auf das Ei-  
„genthum des Capitals und zu dessen Sicherstellung  
„zugleich auf Arrestanlage gerichtet, und dem letzten  
„Gesuche ward sofort im ersten Bescheide vom 28.  
„Juli 1814 gefügt, über den Hauptklagpunkt aber  
„eine Verhandlung eröffnet. Indem Beklagte nun  
„erst am 25. September jenen Jahrs, und zwar  
„blos in Beziehung auf die Hauptsache, ihre Ver-  
„theidigung führten, konnte auf diesem Wege die be-  
„reits rechtskräftige Arrestanlage nicht mehr angefoch-  
„ten werden “

„In der Hauptsache geht der Klägerin Legiti-  
„mation aus dem Reichs-Deputationsschlusse hervor,  
„welcher nicht nur im §. 4 das gesammte Vermögen

„des Stifts Gandersheim dem Herzoge von Braun-  
 „schweig überwiesen, sondern sogar den Civilbesitz,  
 „unabhängig von einer Besüßergreifung, sofort und  
 „in dem Maaße übertragen hat, daß das Stiftsper-  
 „sonal von dem bestimmten Zeitpunkte an nur als  
 „Nuznießer zu betrachten gewesen ist.“

S. daselbst §. 43. 44. u. 54.

„Ward hiernach das Eigenthum der Stiftsgüter  
 „und Capitalien unmittelbar und ohne weitere Er-  
 „klärung erworben; so konnte der fortgesetzte Be-  
 „stand des Stifts nur auf die davon unabhängigen  
 „Genußrechte der Präbendarien bezogen werden. Daß  
 „aber das Stiftsvermögen zum Staatsgute des Her-  
 „zogthums Braunschweig geschlagen, und nicht der  
 „Person dessen Fürsten ertheilt worden ist, folgt aus  
 „der Natur einer damit bezweckten Entschädigung für  
 „dem Staate zuständig gewesene und entzogene Ge-  
 „rechtame.“

„Dieses war das Verhältniß der Sache, als  
 „die Ereignisse eintraten, welche das Herzogliche Haus  
 „Braunschweig genöthigt haben, das Vaterland auf  
 „eine geraume Zeit zu verlassen, und es ist solches  
 „bei der Herstellung der Herzoglichen Regierung inso-  
 „fern noch unverrückt befunden worden, daß die Ca-  
 „pitalforderung, welche den Gegenstand dieses Rechts-  
 „streites ausmacht, noch nicht durch Zahlung getilgt,  
 „also noch vorhanden ist.“

„Die Cession dieser Forderung von Seiten der  
 „Direction des Königlich-Westphälischen Kronschazes,  
 „worin Beklagte ihr Recht begründen, kann der Klä-

„gerin nicht entgegengesetzt werden. Denn die Ver-  
 „bindung des Herzogthums Braunschweig mit dem  
 „Königreiche Westphalen und deren Folgen, obwohl  
 „sie aus dem Rechte der Eroberung von Seiten des  
 „damaligen Herrschers, und aus einer unvermeidlichen  
 „Nothwendigkeit von Seiten der Unterthanen hervor-  
 „gingen, und durch Eingehung eines wirklichen  
 „Staatsvereins von einer vorübergehenden Occupa-  
 „tion sich unterschieden, können für das Herzogliche  
 „Haus keine Verbindlichkeiten hervorbringen, als in  
 „so weit sie sich auf Handlungen der Staatsverwal-  
 „tung, wohin Veräußerungen des Grund- und Ca-  
 „pital-Vermögens des Staats nicht zu rechnen sind,  
 „beziehen. Es ist nämlich der Kriegszustand von  
 „Seiten des besagten Fürstenhauses bis zu dessen  
 „Herstellung fortgesetzt worden, indem es keinen Frie-  
 „den mit seinem Feinde geschlossen, und theils selbst  
 „thätig an dem Kampfe Theil genommen hat, theils  
 „darin von der Krone Großbritanniens vertreten ist,  
 „welche vielfältig den Krieg auch um die Deutschen  
 „Staaten des Königlichen Hauses, mit denen die  
 „Agnatenrechte auf das Herzogthum verbunden sind,  
 „zu führen erklärt hat. Die Verträge anderer Staa-  
 „ten über die Errichtung und den Bestand des Kö-  
 „nigreichs Westphalen haben aber als Verhandlungen  
 „dritter Personen auf die Rechte des Herzoglichen  
 „Hauses keinen Einfluß; sie bezogen sich einzig auf  
 „die äußeren Verhältnisse der Staaten gegen einan-  
 „der, und da überdem dessen Herstellung unbedingt  
 „auf dem Grunde dieser Rechte, unter Einstimmung

„der Staatsbürger und der Europäischen Haupt-  
 „mächte stattgefunden hat, ist die Regierung des Kö-  
 „nigreichs Westphalen in Ansehung seiner nur als die  
 „eines Eroberers zu betrachten.“

„So wie das dem Eroberer zukommende Ver-  
 „waltungsrecht Veräußerungen des Stammvermö-  
 „gens des Staats an sich nicht einschließt; so ist  
 „die von Beklagten angeführte Erwerbung des Ca-  
 „pitals auch nicht als aus einem Zwange hervorge-  
 „gangen zu betrachten und in solcher Hinsicht gegen-  
 „wärtig zu würdigen, da dem Schuldner von der  
 „damaligen Regierung nicht gekündigt, vielmehr eine  
 „Prolongation gewährt worden ist, die Cession also  
 „nicht als eine bloße Ueberweisung der Priorität an  
 „denjenigen erscheint, welcher dem Schuldner ein neues  
 „Darlehn zur Befriedigung des ursprünglichen Gläu-  
 „bigers gegeben hat.“

„Ohnehin würde der gedachten Cession selbst  
 „nach Westphälischen Rechten entgegen stehen, daß  
 „das Capital ein Stiftsgut ausmachte, und nach des-  
 „sen Einziehung zu den Staatsdomänen, keinesweges  
 „aber zu den Capitalien der vertriebenen Fürsten ge-  
 „hörte, worüber der von Beklagten angezogene Ver-  
 „liner Vertrag verfügt hatte; und daß also dessen  
 „Veräußerung zum Besten des von der Staatscasse  
 „verfassungsmäßig gesonderten Kronschatzes unstatthaft  
 „erachtet werden müsse; wie denn auch dieser Um-  
 „stand die Vermuthung für eine Verwaltungsmaß-  
 „regel ausschließt.“

„Die von Beklagten behauptete nützliche Ver-

„wendung ist in diesem Rechtsstreite nicht zu berücksichtigen. Denn indem derselbe über das Eigenthum einer noch bestehenden Forderung an einem Dritten geführt wird, kann die Klage durch die Einrede der nützlichen Verwendung der von Beklagten für deren Cession gezahlten Gelder nicht beseitigt werden; zumal diese Verwendung nicht auf den Belauf der Forderung, sondern den der dafür von Beklagten erlegten Gelder bezogen werden könnte, und also auch der Summe nach eben so von dem Gegenstande der Klage sich unterscheidet. Da überdem diese Behauptung in der ersten Vernehmung überall nicht aufgestellt, und erst in der Replik der letzten Instanz vorgebracht ist; so ist sie verspätet, sie mag nun als Einrede oder Wiederklage betrachtet werden, und stehet also um so weniger in diesem Rechtsstreite zu berücksichtigen, als sie, wie bei ihrer factischen Natur unerläßlich geschehen mußte, nicht mit der Angabe der Summe, worauf solche Behauptung gerichtet werden will, noch der Weise, wie diese zum Nutzen des Staats verwendet seyn soll, vorgetragen sich findet.“

Hiermit schließen sich die Entscheidungsgründe: welches ich um deswillen versichern muß, weil man vielleicht darin die Erwähnung des Kostenpuncts vermissen möchte.

Das Urtheil ist übrigens im vollständig versammelten Obergericht beschloffen, und auf einer, wenigstens untadelhaften, Collegial-Ueberzeugung gegründet. Ich darf wohl nicht besorgen, daß



man unserm Difasterium irgend eine Hinneigung zur Hofpublicisterei beimessen werde: da es aber das allergrößte Interesse für jedes Oberappellationsgericht haben muß, nicht nur in seinem Gerichtsbezirke, sondern auch im großen Gesamt-Vaterlande das Bedürfniß eines Bundesgerichts zur Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse zwischen Regierungen und Privaten <sup>1)</sup> nicht fühlbar werden zu lassen, und das Vertrauen zu seiner unerschütterlichen Entschlossenheit dem Rechte die Krone aufzusetzen, fest zu begründen; so werde ich einige Entscheidungen aufnehmen <sup>2)</sup>, wodurch unser Oberappellationsgericht in weit wichtigeren Sachen zum Nachtheile der Herzoglichen Regierung erkannte.

Wenn aber auch durch die Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts seine Ueberzeugung sich

---

<sup>1)</sup> Oder sollte die Geschichte unserer Reichsgerichtlichen Justizpflege, oder, auch abgesehen davon, sollte eine verständige Ueberlegung ein solches Gericht auch für Privat-Streitigkeiten wünschenswerth erscheinen?! — Wenn man uns die in dem Grundvertrage des Deutschen Bundes garantierte Actenversendung auch nur in Processen der Regierungen gegen Unterthanen ließe; so würden wir uns mit unseren Oberappellationsgerichten wohl begnügen, und aufhören können, uns nach einem Gerichtshofe zu sehnen, der, wenn auch gewiß nicht blos seinem Range entsprechend, doch auch nicht mit Göttern besetzt, hinter dem Ideale zurückbleiben dürfte.

Ich habe übrigens eine von ihren anerkannten Mängeln gesäuberte Actenversendung vor Augen: worüber ich mich in einem besondern Capitel näher äußern werde.

<sup>2)</sup> Außer denen, welche Herr von Bülow in seinen oben genannten Abhandlungen, zu dem nämlichen Zwecke, schon aufgenommen hat.



dem Eroberer durch unsere Rechtsprechung der Weg gebahnt seyn, den Geldwerth des ganzen Staatsgrundvermögens mit sich über die Gränze zu nehmen. Die Aufrechterhaltung der Westphälischen Veräußerungen würde den Verkäufen eines künftigen Eroberers Zutrauen verschaffen; die in unsern Zeiten aufgestellte Warnungstafel wird ihn aber keinen Käufer finden lassen.

„Sinkender und leidiger Trost für diejenigen —  
 „höre ich sagen — welche zur Aufrichtung eines solchen  
 „Warnungsdenkmals ihr Vermögen hergeben  
 „müssen!“

Aber auch für diese lese ich Hoffnung und Worte des Trostes in den Sternen!

Wenn erst die dem ehrwürdigen Herzoglichen Hause Braunschweig geschlagenen tiefen Familienwunden, dem Gesetze der Natur gemäß, verharrscht seyn werden; dann wird die Wahrheit Eingang finden: daß es ein großes Glück für das Herzogliche Haus war, von dem damaligen Machthaber seiner Regentenrechte beraubt zu werden.

Den Beweis eines Satzes, der einem Paradoxum so ähnlich sieht, darf ich wohl nicht zurückhalten: besonders da er aus Erfahrungssätzen recht bündig geführt werden kann.

Wir müssen uns das Herzogliche Haus als (und vielleicht durch Aufopferung großer Summen Geldes) conserviret und als Mitglied des Rheinischen Bundes denken: denn eine wünschenswerthere Lage

gab es während der Französischen Obergewalt für die Deutschen Fürsten-Häuser nicht. Welch eine Lage war dies aber!! Auf den Wink eines verhassten Machthabers, und für dessen egoistische Zwecke, mußten die Fürsten des Rheinischen Bundes Kriege führen helfen, die, außer dem Blute ihrer Unterthanen, unerschwingliche Summen kosteten, und die Staats-haushaltungen zerrütteten. Die nämlichen Umstände wurden auch in der Braunschweigischen Staatsöconomie die nämliche Wirkung hervorgebracht haben: wenn gleich, in Folge des vorzüglichen Wohlstandes der Unterthanen <sup>1)</sup>, denkbar in minder beträchtlichem Maaße.

Wie war dagegen die Lage der Herzoglichen Staatsöconomie bei der Wiederherstellung der rechtmäßigen Regierung?

Für sie hatten die drückenden Jahre 1807 bis 1813 nicht existirt. — Sie nahm in ihre erste Rechnung nur diejenigen passiva auf, welche ihre letzte Rechnung vor dem Interregnum nachwies, und fand diese passiva sogar vermindert <sup>2)</sup>, und das caput activorum außerordentlich verbessert. Keine

<sup>1)</sup> Wenigstens des größten Theils der Braunschweiger.

<sup>2)</sup> Die Westphälische Regierung hatte einige Braunschweigische Staatsschulden abgetragen — (ich brauche mich wohl nicht dagegen zu verwahren, daß dies eine Tugend der Westphälischen Verwaltung bezeugen solle!). — Diese Merkwürdigkeit ist vollkommen gegründet, und — nur Beispielsweise — beziehe ich mich darauf, daß in der der gegenwärtigen folgenden Entscheidung über die Capitalien des Deutschen Ordens eine solche Verminderung der Staatsschuld im Betrage von 25000 Thalern vorkommt.

Quelle der Altbraunschweigischen Staatseinnahme war versiegt, und die Wohlhabenheit der Braunschweiger hatte die Aufgaben des Westphälischen Steuersystems so siegreich bestanden, daß die Westphälischen Steuern einstweilen sogar fortbenutzt werden konnten <sup>1)</sup>.

Auch waren während des Interregnums die Güter und Revenüen der geistlichen Corporationen der Staatsökonomie überwiesen, und kamen so an die Herzogliche Staatsverwaltung zur freien Verwendung <sup>2)</sup>. Während es anderen Deutschen Staaten nur durch den allgemeinen Enthusiasmus ihrer Unterthanen möglich wurde, nach ausgehaltenem Drucke sieben schrecklicher Jahre noch die außerordentlichen Anstrengungen der Jahre 1813, 14 und 15 zu leisten; und während manche dieser Staaten das Werk der Wiederherstellung des Staatswohlstandes kommenden Generationen überlassen müssen, und kaum im Stande sind, die Staatsmaschine im Gange zu erhalten; war die Herzoglich Braunschweigische Staatsverwaltung im Stande, in den Jahren 1814 und 15 durch unglaublich scheinende Leistungen für die große gemeine Sache in Erstaunen zu setzen <sup>3)</sup>, und nach

<sup>1)</sup> Das Capitel der Steuer-Rückstände soll beinahe leer geblieben seyn.

<sup>2)</sup> In Folge der im Jahr 1823 eingeführten Landes-Verfassung ist, an die Stelle der zur Altbraunschweigischen Zeit bestehenden Klostersrathsstube, eine separirte Verwaltung der Kloster-güter wieder eingeführt.

<sup>3)</sup> Bekanntlich waren es Zehntausend Mann, welche der Herzog Friedrich Wilhelm im Jahr 1814 über den Rhein führte, und an deren Spitze er im Jahre 1815 sein Heerleben endigte.

überstandenen Kampfe dennoch in einer solchen Wohlhabenheit aufzutreten, die in Deutschland jetzt wohl ihres Gleichen nicht haben möchte.

Aus dieser Betrachtung scheint mir hervorzugehen, was ich beweisen wollte: die Entziehung des Staatsruders sey für die Herzogliche Regierung ein sehr glückliches Ereigniß gewesen! Und hat es denn auch nicht dem Hause der Guelphen einen neuen Glanz gegeben, niemals vor der fremden Macht sich gebeugt zu haben? Und ist nicht eben dadurch dieser edle Fürstenstamm der harten Pflicht enthoben worden, in der, durch große Weltereignisse herbeigeführten, Unglücks-Periode sein Vaterland Selbst quälen zu müssen?

Die Wahrheit erstreitet, früher oder später, ihre Rechte; und es kommt also eine Zeit, wo diese Betrachtung keinen übeln Eindruck mehr hervorbringen, und namentlich erwogen werden wird, daß so wenig das Staatsgrundvermögen des Herzogthums, als überhaupt der Zustand der Staatshaushaltung, durch das Interregnum beschädigt worden sey <sup>1)</sup>; und dann wird die Hoffnung der Beklagten zu einer Entschädigung, so weit nämlich ihre eigentliche und wirkliche Beschädigung geht, nicht mehr zu den Träumereien gehören.

---

<sup>1)</sup> Von dem Nachtheile der Staatsverwaltung durch etwaige Verminderung des Wohlstandes der Unterthanen während jener Zeit kann hier die Rede nicht seyn: indem der Druck jener Zeit durch die geographische Lage des Herzogthums unabwendlich wurde, es mochte einen Theil des Königreichs Westphalen ausmachen, oder selbständig (nach damaliger Art) seyn.

Wer sich entschließen könnte, mein Prognostikon zu belächeln oder zu verhöhnen, der würde nicht mich beleidigen. — Mir schien es, als habe die mildeste Regierung um das für ein großes Staats-Interesse wichtige Princip streiten müssen, und sie werde, wenn erst dieser große Zweck vollkommen erreicht, das heißt, jener Grundsatz als unerschütterlich allgemein anerkannt ist, ihren bewährten Grundmaximen so viel Raum geben, als mit dem Staatswohle verträglich sey.

Zum Schlusse die Versicherung, daß die Beklagten mir — dem Ausländer — ganz fremde Personen sind, und also billiger Weise angenommen werden muß, daß untadelhafte Beweggründe meine Feder geleitet haben. Bei Gelegenheit der Mittheilung eines Rechtsfalls, worin beiderseitige Bertheidiger und ihre beiderseitigen zahlreichen Anhänger nicht mit gehöriger Ruhe und Unbefangenheit geurtheilt, und worin besonders die Regierung und die Gerichte bittern Tadel erfahren haben, schien es mir am rechten Orte zu seyn, eine versöhnende Darstellung und Beurtheilung zu versuchen. Sollten aber höhere, außer der beschränkten Sphäre meiner Beurtheilung liegende, Erwägungen vorwalten; so habe ich wenigstens einen meinem Rechts- und Billigkeits-Gefühle wohlthuernden Traum geträumt. Hätte ich aber mein Gefühl und meine Feder für ein Interesse in Bewegung gesetzt, welches in der Bude entstand, wo das Herzblut des Westphälischen Staats vertrödelte wurde; so wäre es mir sehr leid, meine Dinte zu der gegenwärtigen Ausführung verbraucht zu haben.

## III.

Ueber die Ansprüche der wiedereingesetzten rechtmäßigen Regierung des Herzogthums Braunschweig an vom Könige von Westphalen veräußerten Besitzungen des Deutschen Ordens, namentlich A. an Capitalien der Ordens-Balley Sachsen, und B. an Zubehörungen der Ordens-Commende Lucklum.

---

## A.

Die Capitalien betreffend.

**Zu** der Deutschen-Ordens-Balley Sachsen gehörte die im Herzogthume Braunschweig belegene Commende Lucklum.

Der Französische Kaiser erklärte, durch ein am 24sten April 1809, also während des damaligen Kriegs gegen Oesterreich, erlassenes Decret, den Deutschen Orden in den Staaten des Rheinbundes für aufgehoben, und zwar zu Gunsten der Fürsten, in deren Landen Güter und Domänen des Ordens lagen. Im Wiener Frieden vom 14. October 1809 wurde diese Verfügung genehmigt. Schon in Folge



jenes Decrets hatte der König von Westphalen die Commende Lucklum mit ihren Zubehörungen in Besitz nehmen lassen.

Da Lucklum die Residenz des letzten Ordens-Comthurs gewesen war, so enthielt das dasige Archiv auch Urkunden, die der ganzen Balley Sachsen gehörten. Aus dieser Veranlassung kamen, unter andern, zwei Schuldbriefe in den Besitz des Königs von Westphalen, wonach die Ordens-Balley Sachsen zwei Capitalien, zu respective 15,000 Thalern <sup>1)</sup> und zu 10,000 Thalern, zu fordern hatte, und wofür im Herzogthume Braunschweig liegende Güter verpfändet waren.

Die Westphälische General-Direction der Kron-Domänen, der Capitalien und geistlichen Güter-Verwaltung, autorisirt durch ein Decret des Königs, cedirte jene beiden Capitalien von zusammen 25,000 Thalern an den jetzigen Geheimen-Finanzrath Jacobson, am 28. Sept. 1809. Die Schuldner erkannten diesen für ihren Gläubiger vermitteltst förmlicher Urkunden; verpflichteten sich zu einer auf fünf Procent erhöhten Verzinsung, um Aufschub der vorgenommenen Capitals-Kündigungen zu erhalten; leisteten nicht nur diese Verzinsung, sondern auch theil-

---

<sup>1)</sup> Dies erstere Capital betrug eigentlich 24,000 Thaler. — 9000 Thaler waren aber aus dem Vermögen einer milden Stiftung (der Wildenstein-Beestischen Stipendien-Casse) bei der Darleihe genommen, und glücklicherweise hat sich der König von Westphalen an diesem heiligen Capitalstheile nicht vergriffen.

weise Capital=Abgaben an Jacobson, so daß zur Zeit der Auflösung des Königreichs Westphalen Jacobson selbst davon noch 8800 Thaler, und, aus seiner Cession, eine Wittve Herzog 4500 Thaler, und eine Charlotte Moll 2000 Thaler zu fordern hatten.

Durch eine von der wiederhergestellten Herzoglichen Regierung aus Landesherrlicher Macht erlassene, durch die Herzogliche Cammer in Antrag gebrachte, Verfügung wurden nicht nur diese 15,000 Thaler mit Arrest bestrickt, sondern auch die fernere Verzinsung bei Strafe doppelter Zahlung untersagt.

Die genannten Capitals-Inhaber wandten sich vergeblich um Aufhebung dieser Verfügung an die Herzogliche Regierung. Zwei, am 9. Februar 1815 und am 9. April 1816, auf Jacobson's Anrufungen erfolgte Resolutionen ließen jedoch keine eigene Ansprüche des Herzoglichen Hauses, sondern den Arrest als eine Maaßregel erkennen, um etwaige vom damaligen Wiener Monarchen-Congresse erwartete Verfügungen über die Güter des Deutschen Ordens zu sichern <sup>1)</sup>. Die Capitals-Inhaber traten daher gegen

---

<sup>1)</sup> Die erstere dieser Resolutionen lautete: „daß in dem jetzigen Augenblicke und vor Beendigung des Wiener Congresses die ergriffene Maaßregel nicht aufgehoben werden könne;“ — und die letztere: „daß, da die, in Betreff sämtlicher ehemaligen Deutscher Ordensgüter getroffenen allgemeinen Verfügungen annoch unverändert beständen, Kläger selbst ermessen werde, daß eine Ausnahme in Ansehung der gedachten Capitalien nicht stattfinden könne.“

den angelegten Arrest gerichtlich auf, und zwar gegen das Herzogliche Cammer-Collegium, durch welches die Regierung gehandelt hatte. In den hierdurch eröffneten Processen nahm nun aber das Cammer-Collegium jene ehemaligen Ordens-Capitalien für die Herzogliche Regierung in Anspruch <sup>1)</sup>.

In den ersten Instanzen wurde dieser Anspruch verworfen, der Arrest aufgehoben, und das Cammer-Collegium zum Ersatze des dadurch entstandenen Schadens und der Processkosten verurtheilt.

In der zweiten Instanz, beim hiesigen Herzoglichen Landesgerichte, erlangte der Cammer-Anwalt gegen Jacobson kein Gehör, gegen die Herzog und Moll wurden aber die Appellationen zur Verhandlung zugelassen, und dann dem Cammer-Anwalde reformatorisch der Beweis vorbehalten:

„daß entweder das fragliche Capital von dem  
„Westphälischen General-Director der Capitalien an Jacobson <sup>2)</sup> nicht cediret worden: oder der General-Director der Capitalien, behuf solcher Cession, mit einer königlichen Decision nicht versehen gewesen.“

Mit Verwerfung dieses Beweis-Vorbehalts, wurden vom Oberappellationsgerichte die, die Ansprüche des Herzoglichen Hauses unbedingt abweisenden, Ent-

<sup>1)</sup> Die Gründe dieses Anspruchs sind in der hier folgenden Entscheidung des Oberappellationsgerichts aufgenommen.

<sup>2)</sup> Durch dessen Cession die Herzog und Moll ihre Capital-Antheile erhalten hatten.

scheidungen der Gerichte erster Instanz in den Sachen der Herzog und Moll wiederhergestellt, und in der Sache Jacobson's bestätigt, auch die Herzogliche Cammer zur Erstattung der weiter erwachsenen Kosten verurtheilt, — aus den, hier folgenden, in den dreien Sachen gleichlautenden

### Entscheidungs-Gründen.

Auf den Antrag des Fürstlichen Cammer-Collegiums zu Braunschweig, wurde durch eine Landesherrliche höchste Verfügung vom 6. Junius 1814 die Anlegung des Arrests, unter anderen, auch auf die hier in Streit befangenen 8800 — (4500 und 2000) — Thaler befohlen. Durch diese Art des Arrests wurde der Impetrat, Geheimer-Finanzrath Jacobson <sup>1)</sup>, da er durch Anrufungen die Aufhebung des Arrestes am höchsten Orte nicht hatte bewirken können, genöthigt, als Kläger aufzutreten, statt daß, wenn die Bestrickung ohne Landesherrliche Einwirkung auf dem ordentlichen Justizwege erbracht worden wäre, der Impetrat in dem Arrests-Justifications-Verfahren in der Eigenschaft eines Beklagten seine Rechte zu vertheidigen gehabt haben würde. Da nun aber jener Arrest keine Folge haben kann, die über seinen

<sup>1)</sup> Ich habe hier das Urtheil in der Sache gegen Jacobson vor mir. Ich bitte, keinen Anstoß daran zu nehmen, wenn ich in dem Folgenden diejenigen unbedeutenden Aenderungen nicht mehr einschalte, welche das genus femininum der beiden anderen Parteien, und deren Forderungs-Summen erfordern.

Zweck „Sicherung des bestrickten Gegenstandes“ hinausgehet: und durch den nur factisch unterbrochenen Besitz des Impetraten dessen Besitzrechte nicht verloren sind; so folgt hieraus, daß das Fürstliche <sup>1)</sup> Cammer-Collegium in diesem Proceß, in welchem dasselbe Capitalien erstreiten will, die sich im Besitze des Impetraten befinden, als Kläger betrachtet werden, und daher aus den uneigentlich sogenannten Einreden des Cammer-Anwalts in der richterlichen Entscheidung das Klagfundament ausgehoben werden muß.

Der Cammer-Anwalt hat nun, in der Form einer Einrede, den Klagegrund dahin angegeben:

durch Aufhebung des Deutschen Ordens in den Staaten des ehemaligen Rheinbundes seyen die Ordensbesitzungen herrnlos geworden, und in dieser Eigenschaft den rechtmäßigen Landesherren zugefallen: aus diesem Rechtstitel wäre nun die Ordens-Commende Luckum, mit allen ihren Zubehörungen, also auch mit deren Capital-Vermögen — wovon die streitigen 8800 Thaler ein Theil gewesen — Eigenthum des Herzoglichen Hauses Braunschweig geworden, hochdessens Rechte durch die zur Zeit jener Ordens-Aufhebung usurpatorisch bestandene Westphälische Regierung nicht hätten benachtheiligt werden können.

---

<sup>1)</sup> Nicht das Prädicat „Herzoglich,“ sondern „Fürstlich“ ist von den Herzoglich Braunschweigischen Behörden gebräuchlich.

Die hier behauptete, das Fundament des Nationalismus enthaltende, Herrlosigkeit ist nun aber ungegründet.

Das Decret des ehemaligen Französischen Kaisers, vom 24. April 1809, enthielt:

„Artic. 1. Der Deutsche Ritterorden  
„ist in allen Staaten des Rheinbundes auf-  
„gehoben.“

„Artic. 2. Alle Güter und Domainen  
„des besagten Ordens sollen mit den Do-  
„mainen der Fürsten, in deren Landen sie lie-  
„gen, vereinigt werden.“

„Artic. 3. Die Fürsten, mit deren Do-  
„mainen besagte Güter vereinigt werden, sol-  
„len denjenigen ihrer Unterthanen Pensionen  
„verwilligen, welche dieselben als Ordens-  
„Mitglieder genossen haben.“

Diese Verfügung wurde, in dem zu Wien am 14. October 1809 abgeschlossenen Frieden, in ihrem ganzen Umfange und vollkommen unzweideutig genehmigt, indem es darin heißt:

„Da der Deutsche Orden in den Rheinischen  
„Bundes=Staaten unterdrückt worden ist, so  
„entfagt Seine Majestät der Kaiser von De-  
„sterreich, für Seine Kaiserliche Hoheit den  
„Erzherzog Anton, dem Großmeisterthum  
„in diesen Staaten, und erkennt die Verfö-  
„gungen an, die über die außerhalb dem  
„Österreichischen Gebiete gelegenen Güter des

„Ordens getroffen worden. Den Ordens-  
„Beamten sollen Pensionen bewilligt werden.“

Durch diese Genehmigung wurde also die, in Folge jenes Kaiserlich Französischen Decrets, vom Könige von Westphalen unternommene Aneignung der im Umfange des Königreichs belegenen Ordensgüter mit demjenigen Rechtstitel ausgestattet, wodurch jede Eroberung rechtlichen Bestand erhält.

Daß das Oesterreichische Allerhöchste Kaiserhaus und der Durchlachtigste Großmeister des Deutschen Ordens durch den 12ten Artikel des Preßburger Friedens vom 26. December 1805

— wodurch nicht nur die Domainen u. s. w. des Großmeisterthums, sondern auch (verbis) „die Domainen und Einkünfte, welche der „besagte Orden zu jener Zeit besitzen wird,“ dem zum Großmeister bestimmten Durchlachtigsten Prinzen des Kaiserlichen Hauses als erbliches Besizthum zugewandt wurden —

zu jener Genehmigung befugt gewesen seyen, dies kann — Einmal — hier überhaupt mit rechtlicher Wirkung nicht bezweifelt, oder zum Gegenstande der Entscheidung eines incompetenten Gerichts gemacht werden: — zum Andern aber — würde ein solcher Zweifel seitens des Durchlachtigsten Hauses Braunschweig als *ex jure tertii* (des Deutschen Ordens oder des vormaligen Deutschen Reichs) erhoben erscheinen; und — endlich — würde ein bloßes Stillschweigen der Deutschen Bundesacte in

Betreff der Verfügungen über den Deutschen Orden und dessen Güter jenen Zweifel ausschließen; es enthält aber der 15te Artikel der Bundesacte sogar die, einer ausdrücklichen nahe kommende, Anerkennung jener Verfügungen, indem darin zur Realisirung der — im dritten Artikel des französischen Decrets vom 24ten April 1809, und im Wiener Frieden vom 14ten October 1809 —, als Folge der Hauptbestimmung über den Deutschen Orden, enthaltenen Nebenbestimmung, wegen Pensionirung der Angehörigen des Ordens, Vorsehung geschehen ist.

Da die vermeintliche Herrnlosigkeit der Ordensgüter auf die im Wiener Frieden genehmigte partielle Aufhebung des Deutschen Ordens gestützt werden will; so zerfällt der daraus hergeleitete Anspruch in sich selbst. Denn in der Behauptung, daß jene Herrnlosigkeit eingetreten sey, liegt zugleich das Auerkenntniß der Rechtsgültigkeit jener Ordens-Aufhebung, als des Grundes derselben, weil, wenn die Aufhebung ungültig war, nur eine Wiederherstellung des vorigen Rechtszustandes daraus folgen, und mithin von einer Herrnlosigkeit die Rede nicht seyn könnte.

War nun aber die im Wiener Frieden enthaltene Genehmigung in einem Puncte

— und zwar im Hauptpuncte der Aufhebung des Ordens —

von rechtlicher Wirkung; so mußte sie es um so mehr in Rücksicht der weiteren, nur in Folge der Aufhebung des Ordens möglichen, Verfügun-



gen über die Ordensgüter seyn; und es hat daher der vom Cammer-Anwalde gebrauchte Klaggrund den Widerspruch in sich,

daß dadurch der erste Artikel des im Wiener Frieden ratihabirten Decrets des Französischen Kaisers isolirt und von seinem Zusammenhange getrennt, und der zweite Artikel ohne allen rechtlichen Grund als nicht vorhanden betrachtet wird.

Der König von Westphalen war also durch einen staatsrechtlichen Erwerbstitel Eigenthümer der im Umfange des Königreichs gelegenen Ordensbesitzungen geworden.

Daß aber die Ordens-Commende Lucklum in dem, von den rechtmäßigen Fürsten nicht abgetretenen, Herzogthume Braunschweig belegen war, kann die Rechtllichkeit jener Erwerbung nicht zweifelhaft machen, indem — Erstens — das Allerdurchlauchtigste Haus Oesterreich das Königreich Westphalen, sowie den Rheinischen Bund überhaupt anerkannt hatte, und mithin in der im Wiener Frieden erfolgten unbedingten Genehmigung der Verfügung des Französischen Kaisers zu Gunsten der Fürsten des Rheinbundes der widersprechende Sinn,

daß die Abtretung zu Gunsten der unrechtmäßig vertriebenen Fürsten geschehen sey,

nicht hineingeedeutet werden kann, und — zum Andern — dem Könige von Westphalen, wenn gleich

das Herzogthum widerrechtlich besitzend, nicht verwehrt war, ein im Herzogthume liegendes Gut eines Dritten von diesem zu acquiriren.

Es ist demnach durch die im Jahre 1809 mit den Gütern des Deutschen Ordens vorgegangene Veränderung die Commende Lucklum mit ihren Zubehörungen ein *bonum vacans* nicht geworden, mithin jenes Anspruchs-Fundament für das Durchlauchtigste Haus Braunschweig nicht vorhanden.

Die früheren Entscheidungen des Oberappellationsgerichts — wegen der veräußerten Stift-Gandersheimischen Capitalien, und wegen der von der ehemaligen Johanniter-Ordenscommende Süpplingenburg in der Westphälischen Zeit abhanden gekommener Rechte <sup>1)</sup> — konnten in der gegenwärtigen Sache vom Cammer-Anwalde nicht, und um so weniger in Bezug genommen werden, indem das Stift Gandersheim schon durch den Reichs-Deputations-Hauptschluß von 1803 Eigenthum des Herzoglichen Hauses geworden war, und die Commende Süpplingenburg theils vom Herzoglichen Hause als Lehn <sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Diese letztere Entscheidung hat Herr von Bülow c. I. pag. 36 seq. aufgenommen.

<sup>2)</sup> Dieser Lehnserus soll nicht vorhanden seyn. Das Ratiocinium der Entscheidungsgründe wird indessen durch die anderen genannten Rechte des Herzoglichen Hauses an der Süpplingenburg aufrecht erhalten. Das Oberappellationsgericht hat jenen Lehnserus als ausgemacht angenommen, gemäß der „Geographisch-statistischen Beschreibung der Fürstenthümer Wolfenbüttel und Blankenburg von Haffel und Wege.“ 2r Bd. S. 137.

abhing, theils Hochdeffen fogar nugnießliches Eigenthum mit demjenigen des Johanniter=Ordens alternirte, und, endlich, als die Französische Occupation erfolgte, ein Durchlauchtigster Braunschweigischer Prinz als Ordens=Comtur — und zwar aus jenem Rechte des Durchlauchtigsten Hauses Braunschweig — die Sülplingenburg besaß, und die veräußerten Gerechtigkeiten zurückforderte.

Der Cammer=Anwalt hat, ebenfalls in Form einer Einrede, die weitere Behauptung aufgestellt:

daß der Kläger, Jacobson, selbst nach der Westphälischen Reichs=Constitution die in Frage stehenden Capitalien auf eine nicht rechtsbeständige, ja nichtige Weise an sich gebracht habe.

Wenn man in dieser Behauptung den Sinn finden kann:

daß, da eine vom Könige von Westphalen, mit Ueberschreitung der ihm als Könige zugestandenen Befugnisse, nichtig vorgenommene Veräußerung keine rechtliche Wirkung habe, und für nicht existirend zu achten, mithin die streitigen Capitalien bis zur Auflösung des Königreichs Westphalen als zu dessen Vermögen gehörend hätten betrachtet werden müssen, und in dieser Qualität vermöge des Occupationsrechts der wiedereingesetzten rechtmäßigen Landesherrschaft zugefallen seyen;

so muß dies als ein zweiter Klaggrund gewürdigt werden.

Die vorigen Richter haben in ihre Entscheidung die Ausführung aufgenommen, daß die Westphälische Constitution für den König kein rechtliches Hinderniß enthalten habe, die Cession der in Frage stehenden Capitalien vorzunehmen, und daß solche noch weit weniger nichtig gewesen sey.

Nachdem durch die erfolgte Anerkennung der vom Kläger producirten Urkunden die Cession in angegebenem Maaße außer Zweifel gesetzt ist, kann jene Ausführung und die vom Cammer-Anwalde unternommene Widerlegung derselben aus folgenden Gründen beiseitegesetzt und übergangen werden.

a) Durch den Begriff jeder Staatsverfassung, als eines Vertrags zwischen dem Regenten und den Regierten <sup>1)</sup>, wird die Beschränkung begründet:

daß gegen eine Ueberschreitung derjenigen Befugnisse, welche dem Könige von Westphalen verfassungsmäßig zustanden, nur die Vertreter des

---

<sup>1)</sup> Da es Verfassungen giebt, die nicht durch Vertrag entstanden, sondern von der Oberherrschaft (wie z. B. die Westphälische Verfassung) gegeben wurden; und man in diesem Sinne den gegebenen Begriff zu eng finden möchte: so kann der Begriff, unbeschadet dessen Anwendung, dahin erweitert werden: „jede Staatsverfassung enthalte den Inbegriff der zwischen der Regierung und den Regierten gegenseitig bestehenden Rechte.“ — Durch den Eintritt in eine solche, wenn gleich gegebene Verfassung, wird das Verhältniß immer verfassungsmäßig.

Staats gegen die Regierung, oder ein Staatsbürger, im Falle er durch die Verfassung gegen den König ein Recht dazu erlangt hatte, zum Widerspruche und zu Reclamationen berechtigt gewesen seyn würden: indem auf Verträge nur die Paciscenten, und diejenigen, welche deren Vertragsrechte überkommen haben, Klagen gründen können: und weshalb dann die Fragen

- 1) Ob der König einen Eingriff in das Staatsvermögen unternommen habe?
- 2) Oder ob die Repräsentanten des Königreichs eine, auf publicirte Königliche Decrete gegründete, vier Jahre vor der Auflösung des Königreichs geschehene, Capitalien=Cession anzugreifen auch nur gemeinet gewesen seyen?

mit rechtlicher Wirkung oder richterlich hier nicht entschieden werden können, indem dazu die rechten Parteien und ein competentes Gericht fehlen.

b) Das Durchlauchtigste Herzogliche Haus Braunschweig kann aber aus der Westphälischen Staatsverfassung ein Klagrecht noch um so weniger begründen, da Hochdasselbe sich nicht als Regierungs-Nachfolger des Königs von Westphalen betrachtet; und mithin aus der Constitution des in Hinsicht jenes Hohen Regentenhauses nur factisch und rechtlos bestandenenen König-

reichs eben so wenig Verbindlichkeiten als Rechte überkommen kann <sup>1)</sup>).

Daher waren die durch einen Rechtstitel — dessen Anfechtung dem Durchlauchtigsten Hause Braunschweig nicht zustand — in den Besitz des Klägers gekommenen Capitalien kein vacantes, der Occupation unterworfenen feindliches Gut.

Bei diesemnach gänzlich mangelnden Klagfundamente ist die Abweisung des Anspruchs an den Capitalien begründet, ohne dazu die eigentlichen Exceptionen des Geheimen = Finanzraths Jacobson zu Hülfe zu nehmen. Und weshalb sogar dessen, hier folgende, Behauptungen übergangen werden können: als

A. daß die Capitalien nicht der Ordens = Commende Lucklum, sondern der Ordens = Balley Sachsen gehört hätten <sup>2)</sup>; und

---

<sup>1)</sup> Ganz anders sind die Rechtsverhältnisse der Preussischen Regierung in Hinsicht deren abgetretenen und wiedererlangten Provinzen. — Der Cammer-Anwalt wird von seinen Gegnern in den vorliegenden Sachen eines Widerspruchs bezichtigt, daß er aus der Constitution eines seiner eigenen Behauptung nach usurpatorisch errichteten Königreichs für das Herzogliche Haus Rechte begründen wolle: es sey derselbe eben so bereit, dem Königreiche Westphalen alle Eigenschaften eines rechtsbeständigen Staats abzuspochen, als das Staatsrecht eines solchen Nichtstaats aufzurufen: und um bona adespota für den Braunschweigischen Fiscus zu bilden, werde bald in animam jenes Königreichs eine Verfügung seines Königs, bald in animam dieses Königs die vier Jahre vor seiner Vertreibung geschehene Ausführung seiner Decrete angefochten!

<sup>2)</sup> Diese Einrede war durch die beigebrachten Original = Schuld =

### B. daß die Westphälische Regierung

— gemäß zu den Acten beigebrachter Urkunden, rubricirt 1) „Nachweisung über dem „Israel Jacobson verkaufte Obligationen „von der supprimirten Deutschen Ordens-Balley Sachsen zu Lucklum.“

2) „Détail des obligations remises à „Mr. de Coninx en sa qualité de directeur de domaines de sa Majesté le Roi „de Westphalie par Israel Jacobson.“ —

die Capitalien der aufgehobenen Ordens-Balley Sachsen, und namentlich die hier in Frage stehenden (vom Cammer-Anwalde sogenannten) Lucklumschen Forderungen, zur Tilgung von Braunschweigischen Staatsschulden verwandt habe, und daß die von Jacobson an Zahlungsstatt gegebenen Braunschweigischen Staats-Schuldurkunden, im Betrage von 25,000 Thalern, vernichtet worden seyen; und mithin eine Version zum Besten des Herzogthums Braunschweig durch das angefochtene Cessions-Geschäft bewirkt worden sey, welche

---

briefe bereits dargethan, und würde an und für sich schon die nämliche Entscheidung begründet haben; indem Lucklum nur eine Parcele der genannten großen Balley war, und eine vom Balley-Regimente ausgeliehene Summe dadurch noch nicht ein Pertinenzstück jener Parcele wurde, wenn — was der Cammer-Anwalt behauptete — der größte Theil jener Darleihe aus den Aufkünften von Lucklum genommen wurde: denn diese Aufkünfte gehörten der Balley, und sie wird daher auch als Darleiherin in den Schuldbriefen genannt.

den Belang der in Streit befangenen Capitalien übersteige <sup>1)</sup>).

So weit die Urtheile über die Capitalien wörtlich.

In den Sachen der Herzog und Moll ist die Verwerfung des in zweiter Instanz erfolgten Beweis-Borbehalts noch durch des Cammer-Anwalts Anerkenntniß der betreffenden Urkunden motiviret. Der übrige Theil der Entscheidungsgründe betrifft einen abgemachten und juridisch uninteressanten Incident-Punct.

## B.

Die zweiten Gegenstände der vom Oberappellationsgerichte entschiedenen Proceßse waren folgende.

a) Der Ordens-Commende Lucklum gehörte das meierherrliche Eigenthum des Ackerhofes eines gewissen Boffe zu Terrheim. Zur Westphälischen Zeit kaufte Boffe seinen Hof frei von diesem Nexus.

b) Kaufmann Strümpel zu Scheppenstedt erkaufte von dem dazu autorisirten Director des Westphälischen Kronschazes eine zu der genannten Commende gehörende Hufe Landes für 2000 Thaler.

Das Herzogliche Cammer-Collegium — wie in

---

<sup>1)</sup> Durch die beigebrachten Documente ist das Geschäft wirklich in diesem Maße beurkundet, und man sieht sich versucht, dies für eine sehr verständige Versur des Staatsvermögens zu halten. Welche Privat-Interessen aber auch dabei mitgewirkt haben mögen; so ist doch die Braunschweigische Staatsschuld, und sogar durch Nicht-Braunschweigisches Staatsvermögen, vermindert, und eine versio in rem des Herzogthums unverkennlich vorhanden, et jam habet quod petit!



jenen Processen über die Capitalien — davon ausgehend, daß die Commende Lucklum schon im Jahr 1809 dem Herzoglichen Hause angefallen sey, reclamirte das unter a genannte Meierrecht und diese Hufe als a non domino, und also nichtig, veräußerte Zubehörungen jenes Hauptguts.

Es wurde auch dieser Anspruch in allen dreien Instanzen abgewiesen.

Die zu dem Urtheile in den Capitalien-Sachen mitgetheilten Entscheidungsgründe umfassen auch diese Abweisung; und ist daher zu deren Rechtfertigung kein besonderes Motiv hier einzurücken.

Was aber allen diesen Entscheidungen eine außerordentliche, weit über ihre Gegenstände hinausgehende, Wichtigkeit gab, war der Umstand: daß auch das Hauptgut — die ganze Ordens-Commende Lucklum <sup>1)</sup> — vom Könige von Westphalen verkauft, und von der Herzoglichen Cammer aus obigem Fundamente ebenfalls in Anspruch genommen war. Denn da die Entscheidungsgründe diesen großen Hauptgegenstand mit umfassen, so ist dadurch für denselben ein Präjudiz entstanden.

Es scheint, als wäre es angemessener gewesen, die Reclamationen von Zubehörungen bis nach erfolgter Entscheidung über das Hauptgut auszusetzen. Hätten die Gerichte in jenen vorläufigen

---

<sup>1)</sup> Eine vortreffliche, von der Stadt Braunschweig und von Wolfenbüttel nur einige Stunden entfernte Besißung, die das Publicum auf 200,000 Thaler schätzt.

Sachen ein klares Petitorium nicht wahrgenommen; so würde die Litigiosität des Hauptguts eine einstweilige Abweisung der auf die Zubehörungen gerichteten Klagen begründet und unvermeidlich gemacht haben.

---

## IV.

## Ueber Ersatz des Wildschadens.

Bei dem Mangel einer nur irgend vollständigen Gesetzgebung über diesen Gegenstand müssen die Entscheidungs-Grundsätze aus allgemeinen Principien erst gebildet werden. Daher ist es erklärlich, daß man allenthalben auf Controversen stößt, und beinah jeder Ausspruch der obersten Dikasterien über Wildschadens-Ersatz als Präjudiz wichtig ist. Außer dieser Erwägung ermahnet mich aber die vorzügliche Wichtigkeit der von unserm Oberappellationsgerichte, in den vor mir liegenden Urtheilen, angenommenen Grundsätze, solche hier mitzuthellen.

Das Oberappellationsgericht hat die wichtigsten der Grundsätze, worauf die Entscheidungen gestützt sind, reinheraus ausgesprochen; und ich brauche deshalb durch eine ausführliche historische Einleitung hier nicht zu belästigen, sondern ein Paar Worte genügen zur Verständlichung.

Die Feldmarken der Braunschweigischen Dörfer Nábke und Lelm grenzen an den großen Elm-Forst. An den Winterfeldern dieser Angrenzung hatte das Hochwild im Winter und Frühjahr 1820 so große Verwüstungen angerichtet, daß, durch eine bald nachher

unter gerichtlicher Leitung vorgenommene Abschätzung, der Schade der Gemeinde Råbke auf 1349 Thaler (schreibe Ein tausend, drey hundert, neun und vierzig Thaler), und der der Gemeinde Belm auf 1318 Thaler (sage Ein tausend, drey hundert, zehn und acht Thaler) taxirt wurde. Ueber den Ersatz dieses Schadens kam es gegen das Herzogliche Cammer-Collegium zu Processen.

Eine allgemeine Würdigung der in erster Instanz erfolgten, und in zweiter Instanz bestätigten, Entscheidungen liegt außer meinem Zwecke, und für diesen Zweck haben nur die, durch beiderseitige Appellationen veranlaßten, Urtheile des Oberappellationsgerichts Interesse.

In diesen — in den Sachen der beiden genannten Gemeinen gleichlautenden, am 12ten März 1824 publicirten, und, auf das vom Cammer-Anwalde dagegen erhobene Rechtsmittel der Supplication (Revision), durch die Rejections-Decrete vom 21sten May 1824 vollkommen bestätigten — Urtheilen wurden nun folgende Puncte entschieden.

### Erste Entscheidung.

Die klagenden Gemeinen hatten zwar vorschriftsmäßig Wildwächter angestellt: der Cammer-Anwalt behauptete aber, daß diese ihre Schuldigkeit nicht gethan hätten, und verlangte in diesem Sinne den Beweis der Klägerinnen, von den ihnen obliegenden Sicherungsmitteln gehörigen Gebrauch gemacht zu haben. Die vorigen Richter hatten den Gemeinen

einen solchen Beweis in der Meinung wirklich auferlegt, daß solcher zur Begründung der Klage gehöre. Da den Gemeinen, unbestritten, weiter nichts oblag, als zur Verschuchung des Wildes sich der Wildwächter zu bedienen; die ordnungsmäßige Anstellung derselben aber durch gerichtliche Protocolle beurkundet, und auch nicht bezweifelt war: so konnte jene Beweis-Auflage nur den Sinn haben,

daß die Wildwächter ihre Schuldigkeit gethan hätten.

Das Oberappellationsgericht befreite die Gemeinen von diesem Beweise, und legte dagegen dem Cammer-Anwalde den Beweis auf,

„daß und in welchem Maaße der im Frühjahre taxirte Wildschade durch Nachlässigkeit der angestellten Wildwächter veranlaßt worden sey.“

Folgendes sind die Gründe zu diesem Entscheidungspunkte.

„Da für die ordnungsmäßig bestellten „Wildwächter, bis zum Beweise des Gegentheils, die „Vermuthung streitet, daß sie ihre Pflicht gethan haben; und die Obliegenheit der Unterthanen, ihre „Saaten gegen das Wild, und zwar durch sehr „modificirte Verschuchungsmittel <sup>1)</sup>, schützen

<sup>1)</sup> Wie beschränkt auch im Herzogthume Braunschweig diese Verschuchungsmittel sind, ergibt sich aus folgenden Gesetzen. A. die Braunschweigische allgemeine Landesordnung art. 45. erlaubt nur „das Wildpret mit Geschrey von Saat und „Korn zu schüchtern.“ Und B. eine Verordnung vom 14ten Sept. 1767 sagt. „Eine jede Gemeinde, deren Feldmark ober

„zu lassen, dahin nicht vergrößert werden kann, daß  
 „noch besondere Aufseher über die Wildwächter ange-  
 „setzt werden müßten, weil ohne eine solche Be-  
 „aufsichtigung der Beweis nicht möglich seyn  
 „würde, daß die Wildwächter, besonders zur  
 „Nachtzeit, ihre Schuldigkeit gethan hätten;  
 „nicht zu gedenken, daß mit eben so vielem Grunde  
 „derselbe Beweis über die gehörige Vigilanz auch  
 „jener Oberaufseher verlangt werden könnte: so  
 „ist zur Begründung der Klage der zur Beschwer-  
 „de gezogene Beweis nicht erforderlich, sondern es  
 „enthält die Behauptung, daß der Wildschade durch

„ein Theil derselben vor Gehölzen herdurch zieht, soll gewisse  
 „Feldhüter unter sich ausmachen, welche das bei Nacht sich  
 „darauf einsindende Wild vertreiben. Damit dieselben dieses  
 „auch um desto leichter bewürken mögen, ist ihnen gestattet,  
 „zur Abschreckung des Wildprets einen, auch nach Beschaffenheit  
 „der Größe der Felder wohl zweien kleine mit hangenden  
 „Knütteln versehene Hunde, als die sogenannten Spitze oder  
 „Isländer sind, bei sich zu führen. Große Hunde aber, welche  
 „im Jagen lange anhalten, oder wohl gar Wildpret nieder-  
 „ziehen, dürfen sie hierzu nicht nehmen.“ — Vor der Zeit  
 dieser letzteren Verordnung sollen es die Forstbedienten den  
 Wildwächtern nicht haben gestatten wollen, das ausgegetene  
 Wild durch nachgeahmten Hundelaut zu verschrecken,  
 weil ihnen wohl das Schreien, nicht aber das Bellen er-  
 laubt sey. Auf eine darüber eingebrachte Rüge ließ der Justiz-  
 beamte den Wildwächter in der Gerichtsstube zur Probe  
 Bellen: und obgleich der benuntiirende Förster behauptete,  
 daß der Kerk bei der Probe seinen Hundelaut unterdrückt habe;  
 so verwarf der Richter dennoch die Rüge, und entließ den  
 Wildwächter mit dem Bescheide: „bluffe man too!“ Für  
 diese, die Rechte des heiligen Wildes benachtheiligende, Gesetzes-  
 Auslegung soll aber der Beamte übel angekommen seyn —  
 das quomodo und den ganzen Rügeprozeß ist man beinahe  
 versucht für fabelhaft zu erklären.

„Nachlässigkeit der Wächter veranlaßt worden sey, eine  
 „eigentliche Einrede, und es mußte daher die re-  
 „formatorische Beweisauflage gegen den Beklagten,  
 „Gammer-Anwalt, erfolgen.“

Auf die vom Gammer-Anwalde erhobene Sup-  
 plication (Revision) ist diese Entscheidung noch weiter  
 folgendermaßen begründet:

„Die Berechtigung der Unterthanen, Schutz ihrer  
 „Feldfrüchte gegen das im Uebermaße gehegte Wild  
 „der Jagtberechtigten zu fordern, beruhet nicht nur in  
 „der Natur der Sache, indem der Staat schon im  
 „Allgemeinen Schutz des Eigenthums schuldig ist, und  
 „namentlich die öffentlichen Abgaben der Landleute  
 „eben von dem aus den Feldfrüchten zu erzielenden  
 „Gewinne erfolgen müssen, sondern ist auch in specie  
 „durch die hiesigen Landesgesetze anerkannt.“

„(Privilegia der Landschaft de 1770 art. 36.)“  
 „Liegt es nun gleich in der Verpflichtung derjenigen  
 „Eigenthümer, welche in der Nachbarschaft von Wild-  
 „bahnen bestellte Aecker besitzen, diese durch Wild-  
 „hüter, soweit es die Natur der Sache <sup>1)</sup> zuläßt,  
 „schützen zu lassen; so ist es doch in die Augen fallend,  
 „daß, wenn eine Vernachlässigung dieser Verpflichtung  
 „bei einer Verwüstung durch Wild (die wie vorliegend  
 „von einer so bedeutenden Größe ist, daß eben daraus  
 „auf einen übermäßigen Wildstand geschlossen werden  
 „muß) behauptet wird, die Behauptung einer solchen

---

<sup>1)</sup> Und die Natur der ihnen gestatteten beschränkten Sicherungs-  
 mittel.

„excipiendo vorgebrachten culpae bewiesen werden  
„müsse.“

Aus diesem letzteren Ratiocinium würde aber sogar folgen, daß zur Begründung einer Klage auf Wildschadens-Ersatz nicht einmal der Beweis geschehener Anstellung von Wildwächtern erforderlich sey, sondern der Beklagte auch die Einrede:

es seyen keine Wildwächter angestellt gewesen, und also von dem obliegenden Schutzmittel kein Gebrauch gemacht,  
als eine behauptete culpa beweisen müsse.

Dies auszusprechen kann aber das Oberappellationsgericht nicht gemeinet gewesen seyn, weil da, wo die Bestellung von Wildwächtern keineswegs bloß gestattet, sondern unbedingt befohlen ist, dieses als *conditio sine qua non* einer Schadensersatz-Forderung erscheint, und der Schutz gegen Wildverwüstungen dadurch bedingt oder modificiret ist. Auch muß das ganze Ratiocinium auf seinen Zweck, Rechtfertigung der angefochten gewesenen Entscheidung, beschränkt werden; und es bestehet daher der vom Oberappellationsgerichte ausgesprochene Satz nur darin:

für ordnungsmäßig angestellte Wildwächter streitet die Vermuthung ihrer Pflichterfüllung, und zwar als eine vom Beweise liberirende Rechtsvermuthung; dem Beklagten liegt daher ob, das einredend behauptete Gegentheil zu beweisen; und zwar namentlich: daß und in welchem Maße der Wildschade



durch die Nachlässigkeit der Wildwächter eingetreten sey. —

Schon in dieser nothwendigen Beschränkung ist der Ausdruck von Wichtigkeit: besonders da die Beweislast das Maaß der Nachlässigkeit der Wildwächter, oder in wie weit gerade durch diese Nachlässigkeit der Schade allein entstanden, oder dadurch vergrößert worden sey, umfaßt. Und zu einer vollkommenen Elidirung der Ersatz-Forderung genügt demnach der Beweis nicht, daß ein Wildwächter eine oder mehrere Nächte oder Tage nicht vigilant gewesen sey, sondern daß ein solcher während der ganzen Zeit der Wildverwüstung seine Pflicht nicht erfüllt habe.

Abgesehen von der rechtlichen Haltbarkeit der Entscheidung, so wird dadurch zugleich bewirkt, daß zur Abwendung von Entschädigungs-Forderungen die Forstbehörden ihre Unterbedienten zum Zwecke der Beobachtung der Wildwächter gehörig in Bewegung setzen werden, wenn dies zum Zwecke der wirklichen Abwendung des Wildschadens nicht schon geschehen seyn sollte.

Zweite Entscheidung aus den genannten Urtheilen über Wildschaden.

Die klagenden Gemeinen hatten den Revierforstbedienten nicht beschuldigt, zur Verschreckung des Wildes von den Feldern seiner Seite nicht vigilant gewesen zu seyn; vielmehr waren sie der Meinung, daß auch er seine Schuldigkeit gethan haben möge.

Hierauf gründete der Cammer-Anwalt die Ein-

rede des fehlenden Klagfundaments: indem derselbe die Verpflichtung der Jagdherrschaft auf eine gehörige Sorgfalt in Verscheuchung des Wildes von den Saaten beschränken wollte.

Diese Beschränkung wurde verworfen.

Es folgte dies aus dem zum obigen ersten Entscheidungspunkte ausgesprochenen Grundsatz der Verpflichtung zum Schutze der Felder gegen Wild-Verwüstungen. Das Oberappellationsgericht fügte aber noch folgenden Entscheidungsgrund hinzu. „Wenn auch „die Klägerinnen den Revierförster nicht beschuldigen, „zur Verscheuchung des Wildes von den Feldern seiner „Seits das Nöthige verabsäumt zu haben; demunge- „achtet aber die Felder, und zwar in sehr großem „Maasse, ruiniert wurden: so folgt gerade gegen das „Fürstliche Jagt-Departement daraus, daß der Wild- „stand zu groß gewesen sey, als daß durch die Acht- „samkeit des Revierförsters, in Verbindung mit den „angestellten Wildwächtern, die Felder hätten geschützt „werden können.“

### Dritte Entscheidung aus den genannten Urtheilen über Wildschaden.

In den Privilegien der Braunschweigischen Landschaft vom 9ten April 1770 heißt es §. 36:

„Es wollen auch Seine Durchlaucht die Wild-  
„bahn dergestalt ferner bleiben lassen, daß getreue  
„Stände und Unterthanen sich deshalb zu be-

„schweren auch künftig keine Ursache haben  
„mögen.“

Hieraus wollte der Cammer-Anwalt die Einrede begründen, daß der Wildstand vom 9ten April 1770 als die unbeschwerende Norm betrachtet werden müsse: und daß nur dann eine Klage wegen übermäßiger Hegung des Wildprets, und eines dadurch verursachten Schadens stattfinden könne, wenn jener Normal-Wildstand nicht beobachtet würde. Da nun die Klägerinnen nicht, wenigstens nicht schon in der Klage, eine übermäßige Wildhegung als Grund der eingetretenen Beschädigung ausdrücklich angegeben hätten; so mangle es auch in dieser Hinsicht am Klagfundamente.

In Uebereinstimmung mit den vorigen Richtern, verwarf das Oberappellationsgericht auch diesen Einwand, addita ratione: „Da die Klägerinnen ihr Klagrecht auf einen Grundsatz gestützt haben, wonach „sie sich befugt vermeinen, jeden auch unbedeutenden „Wildschaden ersetzt zu verlangen; so war der Anspruch auf Ersatz des durch übermäßige Hegung des „Hochwilds veranlaßten Schadens, als das Minus, „in der Klage mitbegriffen. Nicht zu gedenken, daß „in der Beträchtlichkeit des taxirten Schadens nicht „nur der Vorwurf, sondern auch der Beweis eines „übermäßigen Wildstandes nicht verkannt werden „kann; und zugleich die Aufstellung des Cammer-Anwalts bündig genug widerlegt, daß im Jahre 1820 „im Elm-Revier ein gewisser Normal-Wildstand und „mehr nicht vorhanden gewesen sey.“

Sobald man in die Idee von irgend einem, sogar auf Zählung des Wildes beruhenden <sup>1)</sup> Normal-Wildstande eingehen, und dadurch die Entschädigungs-Verbindlichkeit bedingen müßte, so würde in den meisten Fällen das Recht schon in der processualischen Ausmittlung sein Grab finden.

Unverkennlich hat das Oberappellationsgericht die auf einen Normal-Wildstand gestützte Einwendung nicht gebilligt. Eine bestimmte Aussprechung der vollkommenen Irrelevanz derselben ist aber in den gegebenen Entscheidungsgründen nicht enthalten; sondern es ist nur in dem großen Belange des Schadens der Beweis gefunden, daß im Jahre 1820 nicht bloß ein gewisser normaler, sondern ein übermäßiger Wildstand vorhanden gewesen sey.

Nimmt man aber die Entscheidung hinzu, — (welche ich unter Nr. 4 hier folgen lassen werde) — daß sogar der durch fremdes Wechselwild angerichtete Schaden ersetzt werden müsse; welcher Schaden eintreten kann, wenn auch der Jagtherr nur den mäßigsten Wildstand duldet: so ist die Meinung deutlich genug ausgesprochen,

daß es nicht auf die Zahl des vom Jagtherrn gehegten Wildprets, sondern nur auf den wirklich angerichteten Schaden ankomme.

---

<sup>1)</sup> Der Cammer-Anwalt hatte weder mit dieser noch mit einer anderen Bestimmung seinen Normal-Wildstand vom 9ten April 1770 behauptet.

Da es eine bekannte Sache ist, daß auch eine geringe Anzahl Wildpret beträchtlichen Schaden anrichten kann, besonders wenn es seinen gewöhnlichen Zug auf Ein Feld, vielleicht gar vorzugsweise auf einen Acker, nimmt; so werden sogar leidenschaftliche Priester der Diana, wenn gleich mißmüthig, den ausgesprochenen Grundsatz billigen müssen.

Ueber die wichtige Frage,

ob jeder Wildschade, auch wenn er unbeträchtlich, ja unbedeutend wäre, ersetzt verlangt werden könne,

ist aber das Oberappellationsgericht, bei der unverkennlichen Uebermäßigkeit des eingeklagten Schadens, sich auszusprechen nicht genöthigt gewesen. In den Urtheilsgründen sind aber nicht einmal Merkmale enthalten, die auf eine Bejahung jener Frage hindeuten. Es scheint vielmehr das Oberappellationsgericht auf eine Verneinung der Frage, und auf eine Beschränkung der Klagen der vorliegenden Art auf den Fall ungewöhnlich großen und übermäßigen <sup>1)</sup> Wildschadens, sich hingeneigt zu haben. Denn die Einrede des Cammer-Anwalts, daß die Klage in diesem Maße beschränkt werden müsse, verwarf das

---

<sup>1)</sup> Freilich ein sehr unsicherer Begriff! Es ist eine Aufgabe, ihn in abstracto bestimmt zu begrenzen! Sachverständige würden dem Richter durch ihr Gutachten aushelfen müssen: „ob ein Wildschade als ein gewöhnlicher, bei der minderen Grundsteuer der dem Wildschaden ausgesetzten Acker vorausgesetzt, Nachtheil in der Benutzung zu betrachten sey.“

Oberappellationsgericht nicht als überhaupt hypothetisch ungegründet, sondern als im gegenwärtigen Falle unplaggreifend — verbi: „die nämliche Erwägung „(nämlich des großen Belangs des Schadens) entfernt „auch den Versuch des Cammer-Anwalts, die in „Frage stehende Beschädigung unter den Begriff eines „auch bei sehr mäßigem Wildstande gewöhnlichen und „nicht zu berücksichtigenden Wildschadens zu stellen.“

Vierte Entscheidung aus den genannten Urtheilen über Wildschaden.

Der Cammer-Anwalt hatte von den Klägerinnen den Beweis verlangt:

daß der Schade durch solches Wildpret verursacht worden sey, welches im Elmforst seinen Stand gehabt habe;

indem fremdes Wild — Wild aus nicht Herzoglichen Jagtrevieren — den Elm durchstrichen haben, und bis zu den Feldern der Klägerinnen seiner Nahrung nachgegangen seyn könne. Es wollte also der Cammer-Anwalt die Entschädigungs-Verbindlichkeit des Jagtherrn nur in Hinsicht des in seinen Forsten gehetzten Standwildprets statuiren, und denselben für den durch fremdes Wechselwild angerichteten Schaden unverantwortlich machen.

Die Richter der ersten und zweiten Instanz billigten die durch diese Distinction bezweckte Beschränkung der Verbindlichkeit. Vielleicht erwogen sie, daß eine Beschädigung durch fremdes Wechselwild gedenkbar bleibe, wenn auch der Jagtherr gar kein Wild

hege, seinen ganzen Wildstand erlegen lasse. Da indessen das Wild, welches den Schaden angerichtet hatte, aus dem Elmforst ausgetreten war; so fanden die vorigen Richter die factische Vermuthung, daß das beschädigende Wild Elm-Wild — Elm-Standwild — gewesen sey, so dringend, daß sie solche einem halben Beweise gleich achteten, und deshalb den Klägerinnen den Erfüllungsseid <sup>1)</sup> über den vom Cammer-Anwalde geforderten Beweis auferlegten.

Das Oberappellationsgericht beurtheilte diesen Punct folgendermaassen, verbis: „Aus dem Herrschaftlichen Elmforst ist Hochwildpret auf die angrenzenden Felder der Klägerin ausgetreten, und hat daselbst Schaden angerichtet. Dieser ausgemachten Thatfache ungeachtet, verlangt der Cammer-Anwalt den Beweis, daß der Schade durch solches Wildpret, welches im Elm seinen gewöhnlichen Stand habe, verursacht sey; indem Wild aus fremden, nicht Herrschaftlichen, Forsten den Elm durchstrichen haben könne <sup>2)</sup>. Der

<sup>1)</sup> Und zwar dem Anschein nach *de veritate*!

<sup>2)</sup> Abgesehen davon, daß die Einrede auf einem unrichtigen Grundlage beruhte, so hat sich doch der Cammer-Anwalt durch seine Bertheidigungspflicht zu weit treiben lassen, indem er unter solchen Umständen, und ohne durch irgend eine Wahrscheinlichkeit veranlaßt zu seyn, in *substrato* jene auffallende Beweisforderung vorzubringen sich entschloß. Nach der factischen Darstellung in den Entscheidungsgründen scheint dem Oberappellationsgerichte die wahre Natur, welche die Einrede in *substrato* hatte, nicht entgangen zu seyn.

„Gammer-Anwalt hat jedoch nicht einmal mit Bestimmtheit behauptet, daß dies auch wirklich der Fall gewesen sey <sup>1)</sup>.“

„Da indessen die waidmännische Unterscheidung des Standwildprets vom Wechselwildpret wohl Sagtregeln begründen mag, im gegenwärtigen Rechtsstreite aber kein juridisches Interesse hat, indem — Einmal — das ausschließende Occupationsrecht des Sagtherrn auf alles Wild, welches und sobald es das Sagt-Revier betrit, in gleichem Maaße vorhanden ist, und — zum Andern — wenn auch den Eigenthümern der Felder das fremde Wechselwildpret erkennbar und unterscheidbar seyn könnte, dennoch denselben keine wirksamere und außerordentliche

<sup>1)</sup> Es war also die Einrede keineswegs auf eine bestimmte thatsächliche Angabe, sondern blos auf eine Möglichkeit gestützt. So geeigenschaftete Behauptungen können aber nur dann Klage oder Einrede begründen, wenn sie in den Gesetzen ausdrücklich statuiert sind — z. B. die Forderung des Manifestationseides, ohne die ausdrückliche Behauptung einer Verheimlichung seitens des zu jenem Eide Verbundenen, und ohne alle Verdachtsgründe, blos der Möglichkeit wegen etc. — In einem früheren Jahrhundert behauptete, bekanntlich, einst ein Jägermeister in einem Berichte an seinen Landesherren, verbiß: „Habe das ganze Holz abtreiben lassen, und ist kein Stück angelaufen, ist auch gar keins drinne, der Satan muß den Bauern das Feld zunichte getreten haben, um mich bei Euer Gnaden in Ungnade zu bringen. Euer Gnaden wissen, daß sich der Schwarze oft als parforce Hirsch zeigt, und haben auch die Bauern selbst das proverbium „uffe Düwel is im Wilde.“ — Nach jener Möglichkeits-Theorie würden damals die Bauern haben beweisen müssen, daß ganz natürliches Wild, und nicht der Satan in Hirschgestalt, den Schaden angerichtet gehabt habe.



„Schutzmittel gegen solches Wild eingeräumt worden  
 „sind: so mußte die Beweisforderung des Cammer=  
 „Anwalts als irrelevant beiseitegesetzt, und mithin  
 „die Klägerin von dem ihr auferlegten Erfüllungs=  
 „Eide entbunden werden.“

Das Oberappellationsgericht hat demnach die  
 jener Beweisforderung zum Grunde liegende Einrede  
 nicht bloß als unpassend in den zur Entscheidung vor=  
 gelegenen Fällen, sondern, als auf einer unrichtigen  
 Theseis beruhend, überhaupt verworfen, und ausges=  
 prochen:

daß in dem Occupations-Rechte der Rechts=  
 grund liege, aus welchem die Jagtherren für  
 den Wildschaden einstehen müßten.

Diese Theseis stehet auf so festen Füßen, daß ich mich  
 rechtfertigen muß, sie als controvers angesehen, und  
 in diese Sammlung aufgenommen zu haben.

Die große Wichtigkeit des Sages in seiner An=  
 wendung und in seinen nothwendigen Folgen hat mich  
 dazu bewogen. Nur einige dieser Folgen will ich zur  
 Warnung der Landesherrlichen Jagt-Departements und  
 der sonstigen Hochjagtberechtigten berühren.

Wenn zu einem Jagtrevier eine Feldmark und  
 ein daran grenzender schmaler Wald-Saum gehört,  
 und letzterer mit einem Forst zusammenhängt, worin  
 ein Wildstand vorhanden ist; das Wild also bloß  
 durch jenen Wald-Saum auf die Felder vortritt: so  
 haftet dennoch der Jagtherr jenes schmalen Reviers  
 für den Wildschaden, weil er ausschließend berechtigt  
 war, das Wild, sobald es in die Grenze des Jagt=

reviers einschritt, erlegen oder in den Feldern niederschließen zu lassen. Es kann diese Verpflichtung eine sehr schwierige Aufgabe seyn, besonders wenn der Jagtherr des benachbarten Forsts das Wild so hegt, daß selbst die den Grenzförstern zu gebende offene Büchse kein Sicherungsmittel gewähret. In einem solchen Revier die hohe Jagt zu haben, erscheint daher als ein mit großer und gefährlicher Verantwortlichkeit verbundenes Recht.

Eine Erholungsklage des so verantwortlichen Jagtherrn gegen den Jagtnachbar wegen übermäßiger Hegung des Wildes würde besonders alsdann ein leidiger Trost seyn, wenn die Jagtgrenze zugleich Landesgrenze ist. Es würde aber auch einer solchen Klage am Fundamente fehlen. Denn jeder Jagtherr ist nur in seinem Jagtrevier verantwortlich, weil sein Occupationsrecht nicht über die Jagtgrenze hinausgeht, und weil das Wildpret in seinem Revier nicht in seinem Eigenthume ist, mithin eine Klage, etwa aus dem Titel *si quadrupes etc.*, gegen ihn nicht begründet werden kann. — Wenn die Jagtnachbarn in der Schonung des Wildes nicht übereinstimmen, so wird in den Grenzforsten das Wild gebührendermaßen unter die Raritäten gehören, denn keiner wird für die Büchse seines Nachbarns Wild hegen wollen. Es möchte daher dem gemeinen Besten ersprißlich seyn, den Saamen der Mißgunst unter den Jagtnachbarn auszustreuen. Durch die Grundsätze welche das Oberappellationsgericht ausgesprochen hat, können offene Büchsen bewirkt werden.

Denken wir uns nun auch den von mir angenommenen Wald=Saum ganz hinweg, so daß also die Jagt=Grenze zwischen der Feldmarke und dem Forste herginge; so würde demungeachtet der nur in der Feldmark zur Jagt Berechtigte den Wildschaden ersetzen müssen. Denn nach den Entscheidungs=Grundsätzen kommt es nicht darauf an, wo das beschädigende Wild seinen Stand hat, oder aus welchem fremden Jagtrevier es seinen Zug aufs Feld nimmt; und es ist also das ausschließende Occupationsrecht am Orte der Beschädigung allein entscheidend.

Einem Gerichte kann es nicht zum Vorwurfe gereichen, wenn solide Entscheidungs=Grundsätze harte und drückende Folgen haben können.

Uebrigens darf man nicht unerwogen lassen, daß jede Minderung der Strenge jener Grundsätze zu Gunsten der Jagtherrschaften eine Kränkung des vollkommenen Rechts der Feldeigenthümer enthalten würde, denen es durch das Jagtrecht verwehrt und unmöglich gemacht ist, ihr Eigenthum durch Erlegung des in die Felder eindringenden Wildes selbst wirksam zu schützen, und die gezwungen sind, dem Jagtherrn diesen Schutz zu überlassen.

Die von mir betrachteten Fälle scheinen wichtig genug zu seyn, um von den oberen Jagtbehörden erwogen zu werden, und sie zu außerordentlichen Jagtmaaßregeln in solchen Fällen gefährlicher Nachbarschaften zu vermögen.

### Fünfte Entscheidung

aus den genannten Urtheilen über Wildschaden.

(Besonders für die Braunschweigische Praxis von Interesse.)

Die klagenden Gemeinden hatten den Wildschaden im Frühjahr, gleich nachdem er eingetreten war, unter gerichtlicher Leitung, und mit Zuziehung der Forstbehörden, taxiren lassen. Der Cammer-Anwalt impugnirte diese Taxationen weder in formaler noch materialer Hinsicht; er erachtete solche aber für ungenügend: indem es nicht auf den bloß präsumtiven, sondern auf den an der Erndte wirklich eingetretenen Schaden ankomme: und weshalb die Taxation zur Zeit der Erndte, wo sich der wirkliche Belang des Schadens mit mehrerer Bestimmtheit habe erkennen lassen, hätte wiederholt werden müssen: und zwar um so unnachlässlicher, da das Herzogliche Cammer-Collegium eine allgemeine Vorschrift

„der Revision der Taxation des Wildschadens kurz vor der Erndte“

bereits ausdrücklich gegeben gehabt habe.

Ganz im Sinne dieser Einrede hatte das Gericht erster Instanz, mit Beistimmung des Appellationsgerichts, den klagenden Gemeinden, jener Taxation ungeachtet, den Beweis auferlegt:

daß sie den Wildschaden im angegebenen Betrage in der Erndte wirklich erlitten hätten.

Diese Beweis-Aufgabe war den Gemeinden um so

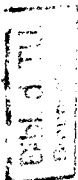
präjudicialer, da sie ein ganzes Jahr nach geschehener Erndte erfolgte.

Das Oberappellationsgericht erkannte die Taxationen zur Begründung der Klagen für vollkommen genügend; befreite daher die Gemeinden von jener Beweislast, und gab dem Cammer-Anwalde den Einredenbeweis auf:

daß der Wilschade und wieviel weniger als respective 1349 Rthlr. und 1318 Rthlr. in der Erndte betragen habe.

Man wird in den hier folgenden Gründen des Oberappellationsgerichts eine vollständige Rechtfertigung dieser reformatorischen Entscheidung nicht vermissen. Sie lauten: „Wenn gleich die Schätzung eines Wilschadens mit größerer Zuverlässigkeit zur Zeit der Erndte geschehen kann; so darf doch diese Erwägung so wenig auf die Beweislast, als auf einen früher juristisch vollständig geführten Beweis einwirken.“

„Die Klägerinnen haben den Wilschaden ordnungsmäßig taxiren lassen, und die Taxatoren haben bestimmt, welcher Schade an der Erndte sich äußern werde. Ob die Taxatoren schon im Frühjahr zu einer solchen Beurtheilung im Stande waren? Das beruhet lediglich auf deren Sachkenntniß und Gewissen. Die Taxatoren konnten bei ihrem Gutachten nur den gewöhnlichen Gang der Natur und des Gedeihens des Getreides voraussetzen. Wäre daher in Folge ungewöhnlich günstiger Witterung, oder sonstiger Zufälligkeiten, der präsumtiv berechnete Schaden geringer ausgefallen; so war es Sache



„derer, welche das Herrschaftliche Interesse zu wahren  
 „hatten, den Beweis darüber zur passenden Zeit nicht  
 „zu versäumen; besonders da im Jahre 1818, im  
 „gleichen Falle, so verfahren, und dadurch der vom  
 „Fürstlichen Cammer-Collegium gegebenen allgemeinen  
 „Vorschrift“

„„der Revision der Taxationen des Wildschadens

„„kurz vor der Erndte““

„eine, und zwar eine rechtsgemäße, Auslegung bereits  
 „gegeben war <sup>1)</sup>.“

„Könnte man überhaupt jene allgemeine Vor-  
 „schrift für etwas Anderes halten, als für eine An-  
 „weisung derjenigen Behörden, welche in solchem  
 „Puncte das herrschaftliche Interesse wahrzunehmen  
 „haben: und dürfte man bei solcher administrativen  
 „Anordnung den Zweck einer neuen oder stärkeren  
 „Beweis-Auslage annehmen; so würde, als in das  
 „Recht eingreifend, deren verbindende Kraft  
 „zu bezweifeln seyn.“

„Da nun die vorliegende Taxation an und für  
 „sich weder in formaler noch materialer Hinsicht hat  
 „angefochten werden können: indem die Behauptung  
 „des Cammer-Anwalts wesentlich darin besteht,“

---

<sup>1)</sup> Es war nämlich auch im Jahre 1818 die Taxation des Wild-  
 schadens im Frühjahr geschehen, solche Taxation aber, jedoch  
 nicht auf Veranlassung der damals klagenden Ge-  
 meinheiten, sondern der Herrschaftlichen Behör-  
 den, vor der Erndte revidirt. Ein Beweis also, daß man  
 diese nachmalige Abschätzung ganz richtig als obliegenden Ge-  
 genbeweis oder als Einreden-Beweis betrachtete.

„daß der wirkliche Schade an der Erndte der  
 „bloß auf Präsumtionen beruhenden Bestimmung  
 „der Taxatoren nicht entsprochen habe:“  
 „woraus aber noch nicht folgt, daß die Taxatoren  
 „in der Beurtheilung eines wahrscheinlichen Ergeb-  
 „nisses von unrichtigen Grundsätzen ausgegangen seyen;  
 „so konnte das Klagfundament — eine fehlerfreie  
 „Taxation — durch jene Behauptung nicht ge-  
 „schwächt werden, sondern es erscheint solche nur als  
 „eine Einrede, welche durch Beweis begründet wer-  
 „den muß.“

„Dieser Beweis war aber dem Beklagten (dem  
 „Gammer-Anwalde) noch nachzulassen, indem —  
 „Einmal — dem vorgewesenen präparatorischen  
 „Beweisverfahren keine zerstörlche Frist zum Grunde  
 „lag, und — zum Andern — die Verabsäumung  
 „der Taxation zur Zeit der Erndte, wenn gleich eine  
 „Erschwerung der Beweisführung verursachend, doch  
 „auf die Beweis-Befugniß nicht einwirken kann.“

## V.

# Wann ist die Polizei der Justiz unterworfen?

---

Das Oberappellationsgericht wurde zu einer bestimmten Beantwortung dieser wichtigen Frage durch folgenden Fall veranlaßt.

Im Anfange des Jahrs 1821, als der Wegebau noch ausschließend zum Geschäftskreise des Braunschweigischen Cammercollegiums gehörte, traf dasselbe Anstalten zur Anlage der sogenannten Hamel'schen Chaussee.

Es sollte zwar, wie man behauptete, diese Straße dem technischen Begriffe einer Chaussee nicht entsprechen; sie gehörte jedoch unleugbar unter die generale Benennung Kunststraße. Die Gemeinden, durch deren Gemarkungen die Straße geführt werden sollte, wurden angewiesen: die zu solcher Anlage erforderlichen sämtlichen Fuhren und Handarbeiten (mit Ausnahme des Steinbrechens und Steinschlages) so zu leisten, daß binnen dreien Jahren der Straßenbau vollendet sey. Der Grund zu dieser Anweisung lag in der allgemeinen Verpflichtung der Gemeinden zur Instandhaltung ihrer Wege, und in der Erwägung, daß die Straße, durch Erleichterung des eigenen Ver-



fehls und des Commerzes überhaupt, den anliegenden Dorffschaften besonders nützlich werden würde.

Einige dieser Dorffschaften hielten aber die ihnen auferlegten Dienstleistungen ihrer Verpflichtung zur Begebetterung, und jenen Vortheilen, nicht nur nicht angemessen, sondern sogar für ruinirend und unmöglich <sup>1)</sup>.

Als sie auf dem außergerichtlichen Wege keine Abhülfe hatten erlangen können; so wandten sie sich mit einer Beschwerde an das hiesige Herzogliche Landesgericht. Da dieses Gericht aber nur in zweiter Instanz competent ist; so wurden sie mit Recht vorerst abgewiesen, *addita ratione*: weil die Verbindlichkeit zu den geforderten Leistungen noch nicht zum

<sup>1)</sup> Zur einstweiligen Abwendung des Vorwurfs, als habe die Herzogliche Cammer nur die Möglichkeit des Zwecks, und nicht die Härte der Mittel erwogen, darf nicht unbemerkt gelassen werden: daß, ungeachtet die angelegte Straaße ungefähr drey Meilen lang ist, mithin viele Gemeinheiten oder deren Marken berührt, dennoch nur einige — ni fallor Bier — die Klage erhoben haben. Da alle Gemeinden auf dem ganzen Zuge der Straaße nach gleichem Grundsatz und Maassstabe herbeigezogen sind; so kann man sich der Vermuthung nicht erwehren, daß die Kläger ihre Belästigung mit Uebertreibung geschildert, oder, im Falle einer wirklich großen Anstrengung, zu wenig in Anschlag gebracht haben, daß es darum galt, gerade der dadurch berührten Gegend — einem Binnenlande — einen Marktweg für seine Erzeugnisse zu verschaffen, an dem es ihm fehlte. Die Anlage wird als höchst wohlthätig gelobt und gepriesen. Alle diese Erwägungen waren aber nicht geeignet, den Klägern rechtliches Gehör zu versagen, sic a limine judicii zurückzuweisen; die Erwägungen haben hier nur den Zweck, welchen ich im Eingange dieser Note genannt habe.

Gegenstände processualischer Verhandlungen und rechtlicher Entscheidung gemacht worden sey. Hierdurch belehrt, erhoben sie nun im Justizwege in erster Instanz eine förmliche Klage gegen die Herzogliche Cammer: und die Vertheidigung gegen diese Klage bestand

1) in der Einrede: daß der Gegenstand zu einem gerichtlichen Verfahren nicht geeignet sey: und eventualiter

2) in den peremptorischen Einreden gegen den materialen Inhalt der Klage: und endlich

3) in dem Verlangen, zur provisorischen Bestimmung des Besizstandes, die Kläger schuldig zu erkennen, im Laufe des Processes die streitigen Dienste zu leisten.

In dem hierauf erlassenen Decrete wurde jene proceßhindernde erste Einrede virtualiter verworfen, indem die den Klaggegenstand in sich fassende Frage:

ob die klagenden Gemeinden ganz nach dem Bauplane der Cammer die geforderten Dienste zu leisten haben, oder ob bei den von polizeywegen gemachten Anforderungen die Grenzen der Verpflichtung der Kläger überschritten seyen —

als zur richterlichen Entscheidung gehörend erklärt ward. Und wenn nun auch in demselben Decrete jenes, unter Nr. 3 genannte, Provisorium nicht nur erkannt, sondern auch zugleich einem etwa dagegen eingewandt werdenden Rechtsmittel im Voraus der Suspensiv-Effect verweigert wurde — „indem sich

der beklagte Theil im Besitze befinde, und die Nichtvollziehung dieser Verfügung mit dringenden Landespolizeylichen Zwecken nicht verträglich sey," — so enthob sich das Gericht erster Instanz dadurch doch keineswegs seiner richterlichen Qualität, und nur auf justizmäßigem Wege berücksichtigte dasselbe die Dringlichkeit einer polizeylichen Anordnung.

Eine von den Klägern gegen dieses Provisorium zur Hand genommene Appellation wurde vom hiesigen Landesgerichte, aus folgenden Gründen, verworfen: „indem das Provisorium zwey verschiedene Verfügungen enthalte, theils eine civilrechtliche, „wobei der behauptete Besitzstand zum Grunde gelegt „worden, theils eine polizeyliche: die Kläger mit- „hin eine Aufhebung beider Verfügungen zu bewirken „haben würden, wovon zwar die civilrechtliche „bei dem Landesgerichte, die polizeyliche dagegen nur „bei dem Herzoglichen Geheimenraths-Collegium gesucht werden könne: bei dieser Lage der Sache aber „eine weitere Verhandlung über die civilrechtliche „Maafregel so lange, als die Kläger eine Ab- „änderung der Polizey-Verfügung nicht er- „langt hätten, zwecklos seyn und unnöthige Kosten „verursachen würde.“

Schon vorhin habe ich gezeigt, daß das Gericht erster Instanz keineswegs als Polizey-Behörde sich in jenem Decrete geriret, sondern in richterlicher Qualität zur Begründung des Provisoriums einen Polizey-Zweck nur mitberücksichtigt, nur als Entscheidungsgrund mitgebraucht hatte; und mit Unrecht

wurde daher vom Landesgerichte dem Provisorium jene verschiedene Natur und Eigenschaft beigelegt. Aber noch auffallender war es, daß das Landesgericht seine civilrechtliche Entscheidung für abhängig und bedingt von dem Bestehen einer polizeylichen Verfügung erklärte.

Als sich daher die Kläger an das Oberappellationsgericht gewandt hatten; so wurde jenes Verwerfungsdecret cassirt, und das Landesgericht zur Ertheilung einer Entscheidung über die bei ihm angebrachten sämmtlichen Appellations-Beschwerden der Kläger angewiesen, — und zwar aus folgenden Gründen.

„Unzweifelhaft stehe zwar der fürstlichen Cammer als der höheren Polizey-Behörde <sup>1)</sup> die Aufsicht über die Wege, und die Leitung des Wegebaues in dem Maaße zu, daß ihre hierauf sich beziehenden Verfügungen einer gerichtlichen Cognition nicht unterworfen seyen. Würden aber durch solche Verfügungen Leistungen der Unterthanen in Anspruch genommen, zu welchen diese überhaupt oder in dem geforderten Maaße ihre Verpflichtung in processualischer Form bestritten; so gehöre die Entscheidung hierüber ausschließlich den ordentlichen Gerichten, welche daher auch befugt seyen, polizeyliche Verfügungen in Betreff der so bestrittenen Verpflichtung auf den Antrag der Be-

---

<sup>1)</sup> Für meine Nicht-Braunschweigischen Leser muß ich bemerken, daß die genannte, bei eigentlichen Cammer-Collegien nicht gewöhnliche, Qualität der Herzoglichen Cammer beigelegt ist.

schwerten zur Cognition zu ziehen, und darüber was Rechtens zu erkennen. Und wenn zu Abwendung von Nachtheilen, welche der mit der Erörterung des Rechtsstreits verbundene Zeitverlust verursachen würde, schleunige interimistische Anordnungen nothwendig erschienen; so habe die Polizen=Behörde ihre desfalligen Anträge bei dem competenten Gerichte anzubringen, vor welchem, nach summarischer Untersuchung über die Statthaftigkeit des Gesuchs, das Nöthige festzusetzen sey.

Da nach diesen — auch durch die Herzoglich Braunschweigische Verordnung vom 19ten Februar 1814 §. 15 bestätigten <sup>1)</sup> — Grundsätzen das eingeleitete processualische Verfahren nicht nur alle weiteren polizenlichen Verfügungen ausschliesse, sondern selbst auf bereits ergangene sich erstrecke; so könne auch das vom Richter der ersten Instanz <sup>2)</sup> angeordnete Provisorium nur als eine rein gerichtliche Verfügung betrachtet werden, und die Beschwerden darüber seyen ausschließlich weiterer gerichtlicher Cognition unterworfen.“

---

<sup>1)</sup> Diese schöne Gesetzesstelle lautet: „Da die dem bisherigen „(Westphälischen) Präfecturrathe obgelegene Entscheidung streitiger Verwaltungs=Angelegenheiten künftig nicht stattfinden kann, so werden solche, in so fern sie in processualischer Form „angebracht sind, oder ihrer Natur nach sich, weil ihr „Gegenstand streitiges Eigenthum oder Gerechtsame betrifft, zu einem Prozesse eignen, an die ordentlichen Gerichte verwiesen.“

<sup>2)</sup> In welchem, nämlich, gerichtliche und polizeiliche Qualität sich zusammen befanden.

Die Acten, in welchen dieses Urtheil des Oberappellationsgerichts ergangen ist, sind rubricirt:

Scharfoldendorf et cons. contra Cameram ducal.

Es ist am 23. April 1823 publicirt, und auf das vom Cammer = Anwalde dagegen erhobene Rechtsmittel der Supplication (Revision) durch ein Rejections = Decret vom 4. Nov. 1823 in seinem ganzen Inhalte bestätigt.

Wer mit mir der Meinung ist, daß der Rechtsprechung keine zu weiten Grenzen gezogen werden können, indem in allen Abtheilungen der Staatsverwaltung das Recht heilig gehalten werden muß, und die Gerichte ausschließlich und allein zur Erkennung des Rechts qualificirt sind <sup>1)</sup>; wer mir hierin beistimmt, der wird mit Wohlgefallen bei jener Entscheidung des Oberappellationsgerichts verweilen, und mir es gern gestatten, die Wichtigkeit des Inhalts der Entscheidungsgrundsätze etwas näher zu entwickeln.

Erstens sind die Verfügungen einer oberen Landes = Polizeybehörde alsdann der gerichtlichen Entscheidung unterworfen, wenn die Verpflichtung zu den dadurch in Anspruch genommenen Leistungen bestritten wird.

---

<sup>1)</sup> Zufällige Rechtskenntniß in den nicht gerichtlichen Behörden ist nur nützlich, um widerrechtliche Verfügungen zu verhindern; zur Bestimmung, was Recht sey, kann sie aber nicht qualificiren, weil der Streit der subjectiven Ueberzeugungen über das Recht nur durch formales Recht beendet werden darf, und dieses kann nur von den Gerichten ausgehen.

Ohne irgend an diesem Grundsatz zu künsteln, oder ihm Zwang anzuthun, läßt er sich so generalisiren „die Polizey ist der Justiz so oft unterworfen, als sie mit Privatrechten in Collision kommt <sup>1)</sup>.“

Zweitens: die Polizei ist im Falle der Rechtshängigkeit nicht einmal zu einer provisorischen Anordnung, wodurch die streitigen Rechte berührt werden, befugt; sondern sie muß solche vom Gerichte zu erlangen suchen, und

Drittens: auch bereits vor der Rechtshängigkeit von der Polizei gemachte Verfügungen dieser Art können von dem dadurch Beschwerzten zum Gegenstande einer richterlichen Entscheidung gemacht werden.

Das Principium, welches diese drey Sätze bilden, läßt nicht den mindesten Zweifel über die Grenzlinie zwischen der Justiz und der Polizei übrig: es nimmt der Polizei jeden Schein einer den Privatrechten gefährlichen Unabhängigkeit, indem es sie in Collision mit diesen unbedingt der Justiz unterwirft.

Zwar können in Fällen augenblicklicher Einschreitungen der Polizei etwaige Rechtsverletzungen nicht verhindert werden; sie muß aber ihre vollstreckten Maaßregeln auf darüber erhobene Klage vor dem Richter rechtfertigen, und, wenn sie dies nicht vermag, erwarten, zur Wiederherstellung des gekränkten

---

<sup>1)</sup> So generalisirt finden wir den Grundsatz in einer Entscheidung des Obergerichtes, welche ich der gegenwärtigen unter Nr. VII. folgen lassen werde.

Rechtszustandes und zum Schadenersatz verurtheilt zu werden.

So hat also das Oberappellationsgericht einen Grundsatz ins Leben treten lassen, der von Polizeymännern für eine bloße theoretische Träumerie gehalten worden ist: weil sie eine gefährliche Lähmung der Polizey darin fanden. Dieser Vorwurf ist aber ungegründet. Nur die Verhinderung der Vollstreckung solcher augenblicklicher Maaßregeln, wodurch eine ob-schwebende Gefahr abgewandt werden soll, könnte denkbar gefährlich werden; gegen prompte Verfügungen dieser Art giebt aber der ausgesprochene Grundsatz dem Richter kein veto, wohl aber wird dadurch die Polizey wegen ihrer vollstreckten Maaßregeln der Verantwortlichkeit vor dem Richterstuhle unterworfen, weil unter allen Umständen auch die Polizey rechtlich handeln muß. Mag dies auch oft eine schwierige Aufgabe seyn; es ist ihres Amtes, sie richtig und weise zu lösen; und für den Mangel an der nöthigen Umsicht und Besonnenheit in der Anwendung solcher Maaßregeln braucht niemand seine Rechte aufzuopfern.

Auch gilt es hier nicht um persönliche Verantwortlichkeit der Polizey-Beamten oder Behörden: denn für Rechtsverletzungen, welche in Ausübung eines öffentlichen Officiums eintreten, muß das Officium eintreten, und ihm bleibt es überlassen, gegen den Officianten, wegen ungeschickter oder fehlerhafter Amtsführung, den Regreß zu nehmen.

Mag daher ein Mißgriff des Polizey-Beamten



in critischer Lage demselben nicht zugerechnet und nachgesehen werden; so kann dies auf die Klage über eine dadurch erlittene Rechtsverletzung nicht einwirken, keine Einrede dagegen begründen.

Ein zweiter Einwurf gegen die Ausführbarkeit des obigen Grundsatzes könnte aus der Erwägung hergenommen werden:

daß ja die Polizen Privatrechte nicht respectiren dürfe, wenn es auf höhere Staatszwecke ankomme.

Dies Polizen=Dogma — und als solches ein oft gemißbrauchter Stützpunkt der Gewaltthätigkeit — ist aber auch ein Rechts=Dogma, und also den Gerichten wohlbekannt; und gerade sie sind dazu qualificiret und berufen, zu beurtheilen: wann, und gegen welche Entschädigung, der Einzelne sein Recht dem Allgemeinen zum Opfer bringen müsse? Nichts kann die Rechtsicherheit mehr gefährden, als jener souveräne Grundsatz ohne gerichtliche Controle.

Endlich, könnte man in Folge des ausgesprochenen Grundsatzes wenigstens eine schädliche Hemmung der Ausführung der gemeinnützigsten Verfügungen befürchten: denn wann würde wohl, z. B. eine Chauffée, gebauet werden, wenn die liebe Justiz über alle dadurch veranlaßten Klagen vorher ihr **endliches** B. R. W. von sich gegeben haben müßte!

Aber auch gegen einen solchen Nachtheil giebt es eine prompte Hülfe B. R. W., durch ein Provisorium, wie es in der vorliegenden Sache vom Richter erster Instanz angeordnet, und, der dagegen zur Hand genommenen Appellation ungeachtet, vollstreckt, und

daher der Begebau in seinem Fortgange nicht gestört ist. Mag aber auch ein solches richterliches Provisorium nicht immer so schnell zu bewirken seyn, als die durch Rechtsformen weniger gehinderte Polizey selbst damit fertig seyn würde; so darf doch nicht unerwogen bleiben, daß hier nicht von solchen Fällen die Rede ist, wo wegen augenblicklicher Dringlichkeit der Umstände auf der Stelle gehandelt werden muß, und also keine genügende Veranlassung vorhanden ist, statt eines besonnenen richterlichen Ermessens eine bloß promptere Polizey-Verfügung eintreten zu lassen, zumal letztere einer Selbstrechtsprechung und einer Selbsthülfe nicht unähnlich seyn würde.

Das Oberappellationsgericht hat durch seine Entscheidung der Justiz eine glänzende Krone aufgesetzt, und daher verdient auch die Entscheidung gekrönt zu werden. Da sie gegen die Braunschweigische Landes-Polizey-Behörde erfolgte; so ist ihr Ansehn im hiesigen Herzogthume gesichert. Es fragt sich aber:

wird der Entscheidungs-Grundsatz auch in den im Oberappellationsgerichte vereinten Fürstenthümern wirksam werden können?

Die in diesen Fürstenthümern ergangenen Verordnungen über die Zuständigkeit des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts geben Veranlassung zu dieser Frage.

Aus der Verordnung für die Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont vom 31. Dec. 1816 muß ich hier folgende Stellen ausheben.

I.

8

„art. 1. Das gemeinschaftliche Oberappellations-  
 „gericht bildet in allen bürgerlichen Privat-  
 „rechts = Streitigkeiten, welche, nach den Be-  
 „stimmungen dieses Gesetzes, zu seiner richterlichen  
 „Prüfung und Entscheidung gelangen können, die  
 „höchste und letzte Appellations = Instanz.“

„art. 4. Da das Oberappellationsgericht nur in  
 „bürgerlichen Privatrechtsstreitigkeiten eine Appellations-  
 „Instanz bildet; so versteht es sich von selbst, daß  
 „seiner Cognition entzogen sind:“

„a. Criminal = Forstruge = und sonstige Ruge =  
 „und Strafsachen 2c. 2c.“

„b. reine Consistorialsachen, wie solche im Art.  
 „1. der Verordnung vom 29. Nov. 1811 <sup>1)</sup>, Nr. 45.  
 „des Regierungsblatts, näher bestimmt sind.“

„c. Lehnsachen, in so fern solche bisher auch  
 „nicht zur processualischen Behandlung und Entschei-  
 „dung gelangen konnten.“

„d. Regierungs = Polizey = und Landtags =  
 „sachen 2c. 2c.“

„art. 9. Ob zwar dem Oberappellationsgericht  
 „eine Aufsicht über die hiesigen Gerichte nicht zusteht;  
 „so sollen doch daselbst:“

„a. Beschwerden über verzögerte oder verweiger-  
 „te Rechtspflege gegen den Richter voriger Instanz

---

<sup>1)</sup> In solcher Verordnung ist nämlich festgesetzt, welche Sachen zu den *ecclesiasticis meris*, und welche zu den *mixtis* gezählt werden sollen: in Sachen der ersteren Art soll nicht an das Fürstliche Hofgericht zu Corbach appellirt werden können.

„(falls Querulant deshalb nicht die hiesige geeignete  
 „Behörde sollte angehen wollen, jedoch ohne die et-  
 „waige Mittelbehörde übergehen zu dürfen) angebracht  
 „werden können, und zwar ohne Rücksicht auf die  
 „Appellationsfähigkeit der Sache u. u.“

Die Competenz des Oberappellationsgerichts in  
 den Fürstenthümern Waldeck und Pyrmont ist also  
 auf bürgerliche Privatrechtsstreitigkeiten be-  
 schränkt.

Der Freund der Justiz und einer freien und  
 unbehinderten Wirksamkeit, namentlich der Oberappella-  
 tionsgerichte, durch welche in den deutschen Bundes-  
 staaten eine Schutzwehr gegen Rechtskränkungen er-  
 richtet werden sollte, wird einen Theil seines Unwillens  
 über eine solche Beschränkung zurücknehmen, wenn er  
 sich den großen Umfang des Begriffs bürgerlicher  
 Privatrechtsstreitigkeiten vergegenwärtigt, und  
 erwägt: daß selbst die Landesherren — in so fern  
 sie nicht als Gesetzgeber handeln — und alle  
 geistlichen und weltlichen Verwaltungs-Behörden, nicht  
 nur im Falle eingegangener bürgerlicher Verträge und  
 sonst vorhandener gleichartiger Rechtsverhältnisse, son-  
 dern so oft sie mit Privatrechten in Collision kommen,  
 sich im Felde des bürgerlichen Privatrechts be-  
 finden.

Daher wurden auch die ausdrücklichen Ausnahmen  
 von der Competenz des Oberappellationsgerichts im  
 art. 4 der Verordnung als sich von selbst ver-  
 stehend genannt. Denn von selbst verstand es sich  
 allerdings, daß Criminalsachen, rein kirchliche Ange-

legenheiten, nicht=processualische Lehnssachen — (also solche, welche vor die Lehn=Curien als Nicht=Gerichte gehören) — und Regierungs=Polizy= und Landtagsachen, Gegenstände des bürgerlichen Privatrechts nicht waren; mithin überhaupt nicht vor die bürgerlichen Gerichte, und folglich auch wohl nicht an das, auf bürgerliche Privatrechtsstreitigkeiten beschränkte, Waldeckische Oberappellationsgericht gelangen konnten. Sobald nun aber, z. E., die Polizy — und mit dieser allein haben wir es ja hier zu thun — in ihren Verfügungen sich nicht auf dem Wege des Rechts hält, und Privatrechte verletzt, muß sie — nach dem vom Oberappellationsgerichte ausgesprochenen Grundsatz — also auch in den Fürstenthümern Waldeck und Pyrmont zu Recht stehen: und es kann, folglich, das Oberappellationsgericht in solchen Sachen nicht nur Appellationen und Wichtigkeitsbeschwerden annehmen, sondern auch, gemäß des art. 9 der obigen Verordnung, Befehle erlassen, zur rechtlichen Erörterung etwaiger Klagen über Rechtsverletzungen durch die Polizy den Weg Rechts zu eröffnen.

Wenn übrigens des jezt regierenden Fürsten Georg Heinrich Durchlaucht die ganz ausgezeichnete Gerechtigkeitsliebe auf höchst feinen Nachfolger vererbt, von welcher das Oberappellationsgericht schon viele Beweise gesehen und verehrt hat; so werden die Waldecker und Pyrmonter die letztgenannte rechtliche Hülfe nicht zu Wolfenbüttel sich zu holen brauchen.

Der Fürst eröffnet gegen Behörden, selbst wenn es um sein eigenes Interesse gilt, den Weg der Justiz

jedem, der darauf Anspruch macht, und zwar mit einer solchen Bereitwilligkeit, daß man es als Höchstdessen Regierungs=Maxime nicht verkennen kann <sup>1)</sup>. Nicht um hierfür einen Beweis zu geben, sondern als Beleg, daß meine Auslegung jener Waldeckischen Verordnung gerade über Polizey=Verfügungen im Sinne des Gesetzgebers liege; muß ich, Fälle von großer Wichtigkeit übergehend, gerade einen seinem Gegenstande nach unbedeutenden Fall ausheben. Er ist folgender. Bei einer öffentlichen Verpachtung der Schänkwirtschaft in der Waldeckischen Stadt Rhoden sollte, gemäß des Verbots eines dasigen Polizey=Beamten, der vorige Pächter nicht wieder zugelassen werden. Auf darüber erhobene Beschwerde billigte nicht nur das Regierungs=Collegium, sondern auch des Fürsten Durchlaucht die dem Verbote zum Grunde gelegte polizeyliche Rücksicht; und so blieb der vorige Pächter ausgeschlossen und verlor seine Schänkwirtschaft. Als nun aber dieser die factische Grundlage

<sup>1)</sup> Ich darf die Gelegenheit nicht unbenutzt lassen, die unschätzbare Ueberzeugung des Oberappellationsgerichts auszusprechen: daß in seinem ganzen Gerichtsprengel dem freien Walten der Justiz kein Hinderniß entgegen stehe. — Denn auch die Regierung der Fürstenthümer Schaumburg=Lippe und Lippe ist als normal und exemplarisch bekannt genug: und im Herzogthume Braunschweig bedarf man nicht einmal einer Gestattung des Justizweges gegen die obersten Behörden; ja wir haben schon Beispiele gesehen, wo sich das zu Braunschweig residirende Cammer=Collegium auf Klagen eingelassen hatte, die bei dem Stadtgerichte daselbst, als vermeintlichem foro domicili der Cammer, angestellt waren.

der polizeylichen Rücksicht bestrit, so ließ der gerechte Fürst die Schilderung der Folgen der Aufhebung einer schon vollstreckten, und gebilligten, Verfügung auf die Gerechtigkeit nicht einwirken, und ertheilte den Befehl, den Weg der Justiz dem Querulanten zu öffnen.

Die Fürstlich Schaumburg-Lippische Verordnung vom 1. März 1817 kommt in Festsetzung der Ausnahmen von der Competenz des Oberappellationsgerichts mit jener Fürstlich Waldeckischen Verordnung überein: und die Fürstlich Lippische Verordnung vom 27. Februar 1816 nennt nicht einmal unter jenen Ausnahmen die Policysachen, weil sie sich wirklich im obigen Sinne von selbst verstehen: und es paßt also meine obige Beurtheilung auch auf diese Lippische und jene Schaumburg-Lippische Verordnung.

## VI.

Begrenzung der Befugniß der unteren Policy-  
 zey = Behörden, allgemeine Verfügungen  
 zu erlassen.

Die vorhergehenden, bis zum 1. October 1825 bestanden, Braunschweigischen Kreisgerichte waren zugleich Policy-Behörden, und in dieser Eigenschaft dem mit der allgemeinen Landespolicy beauftragten Herzoglichen Cammer-Collegium untergeordnet. Eins jener Kreisgerichte hatte sich durch die Schäferey-Berechtigten bewegen lassen, eine allgemeine Policy-Verfügung in seinem Kreise zu erlassen: daß die Stoppelfelder erst von einem bestimmten Tage an sollten umgepflügt werden dürfen.

Eine Dorf-Gemeinde beachtete dieses Verbot nicht, und wurde, auf die Denunciation eines Hudeberechtigten Schafmeisters, dafür von dem Kreisgerichte bestraft. Die Bestrafte appellirte an das hiesige Herzogliche Landesgericht, wurde aber rejectorisch entschieden, und zwar aus folgenden Gründen:

die Fragen: 1. Ob das Kreisgericht competent gewesen sey, jenes Verbot zu erlassen? und 2. Ob solches Verbot überhaupt angemessen sey? wären keine Gegenstände eines Rechtsmittels im Justizwege, son-



dern gehörten zur Beurtheilung der höchsten Landespolicey.

Auf hiergegen erhobene Appellation mißbilligte das Oberappellationsgericht die vom Landesgerichte ausgesprochene Meinung folgendermaßen.

„Das Kreisgericht hat vermöge der niederen Policey in seinem Bezirke zwar die Landespolicey-Gesetze zu vollstrecken, auf deren Befolgung zu achten, die Contraventionen zu untersuchen und dem Befinden nach zu bestrafen, auch in eiligen Fällen provisorische Verfügungen — worüber jedoch sofort an die höhere Behörde zu weiterer Bestimmung zu berichten ist — zu treffen; es ist aber dasselbe nicht befugt, Verordnungen zu erlassen, welche als bleibende allgemeine Norm für die Zukunft gelten sollen; am wenigsten in so wichtigen, das Eigenthum und die Gerechtsame der Unterthanen betreffenden Angelegenheiten, als die vorliegende ist. Dieses Recht gehört ausschließlich der gesetzgebenden Gewalt: und wegen Eingriffs in dasselbe zum Nachtheile der Unterthanen sind diese nicht bloß befugt, bei der höheren Verwaltungs-Behörde Beschwerden zu führen, sondern auch gerichtliche Hülfe zu suchen, wenn dadurch ihrem Eigenthume oder ihren Gerechtsamen Eintrag geschieht.“

Diese Entscheidung des Oberappellationsgerichts ist in actis sub rubro

Rullwage et cons. contra Stiddien

am 21. Januar 1823 ergangen: und sie hat für die Praxis Interesse, nicht nur als Bestätigung des — (videatur die vorhergehende Nr. der Entscheidung

gen) — Grundsatzes, daß gegen jeden Policy=Ein-  
griff in Privatrechte von der Justiz Hülfe verlangt  
werden könne, sondern auch weil darin den unteren  
Policy=Behörden eine Grenzlinie ihrer Befugniß ge-  
zogen ist.

---

## VII.

Wann sind Consistorial=Verfügungen  
der Justiz unterworfen?

Aus Vollmacht des Herzoglich Braunschweigischen Consistoriums wird für die Pfarre zu Groß=Vierwende ein Proceß gegen die Gemeinden Groß= und Klein=Vierwende geführt, welcher eine beträchtliche Vergrößerung der zu jener Pfarre gehörenden Gebäude zum Gegenstande hat. Wenn alle Streitpuncte, welche in solchem Prozesse vorkommen, bis zum Oberappellationsgerichte durchgeführt werden sollten; so wird er noch einen interessanten Beitrag zu der Sammlung der Controversen=Entscheidungen liefern.

Zur Verständlichung des Entscheidungspunctes, welchen ich hier als ein *praejudicium* aufzuführen habe, bedarf es nur folgender historischen Einleitung.

Der Kirchsprenkel der Pfarre zu Groß=Vierwende besteht aus der dasigen und aus der benachbarten Gemeinde Klein=Vierwende. In beiden Gemeinden ist sie mit Ländereien dotirt. Die Pfarrgebäude zu Groß=Vierwende genügen aber nur Cultivirung des dasigen Pfarr=Ackerbaues; und es werden daher die Grundstücke zu Klein=Vierwende durch Verpachtung benutzt. Der Pfarrer N. N., unzufrieden mit letzterer Benutzung,

indem er ein feinen Erwartungen — (ob gerechten oder ungerechten? ist nicht ausgemacht) — entsprechendes Pachtgeld nicht erhalten konnte, verlangte, zur eigenen Cultivirung auch seiner Klein-Biewend'schen Grundstücke zu Groß-Biewende in den Stand gesetzt zu werden.

Hierzu bedurfte es einer so beträchtlichen Vergrößerung und Vermehrung der dasigen Pfarrgebäude, daß dazu, gemäß des Anschlags eines in Pflichten stehenden Sachverständigen, eine Summe von 5000 Rthlr. erforderlich war. Das Herzogliche Consistorium ging nicht nur sehr willfährig auf diese Idee ein, sondern machte auch zu dem jener Veranschlagung zum Grunde liegenden Bauplane nur eine Erinnerung zu Gunsten der Visiten-Stube des Pfarrers: denn für Chaisen-Kemise und sonstige Bedürfnisse eines nicht unwohl stehenden Land-Edelmanns war gesorgt.

Als auf Kosten der Gemeinden der Plan ins Werk gesetzt werden sollte, erhoben sie ein Zetergeschrey; verabredeten die Verbindlichkeit, ihren Pastor zur eigenen Bewirthschaftung seines Klein-Biewend'schen Guts in Stand zu setzen: ins besondere hielt sich Groß-Biewende nicht verpflichtet, seine Pfarr-oekonomie durch das Pfarrgut zu Klein-Biewende erweitern zu lassen: eventuell, fand man den Bauplan viel zu groß und luxuriös: und endlich übersteige der Aufwand — wenn auch die wirklichen Kosten, gemäß der gewöhnlichen Fehlsamkeit der Bauanschläge, jene Summe von 5000 Rthlr. nicht weit hinter sich

lassen sollten — absolut die Kräfte der beiden armen Gemeinden.

Ermägend, daß demnach der Ausführung große Hindernisse im Wege ständen, machte das Herzogliche Consistorium einen Versuch, sich durch den Justizgang nicht stören zu lassen.

Es stellte dasselbe nämlich die Behauptungen auf: sein Beschluß, daß die Pfarrgebäude in Groß-Biewende zu jenem Zwecke erweitert, und wie gebauet werden solle, sey ganz unabhängig von einer richterlichen Beurtheilung, und es könne daher auch dessen Ausführung durch den eingeleiteten Proceß nicht verzögert werden; und auf diese Lehre gestützt, verlangte daher das Consistorium eine richterliche Bestimmung nur darüber: in welchem Verhältnisse die Kosten des durch den Justizgang nicht zu hemmenden Baues provisorisch von den Gemeinden hergegeben werden müßten?

Der Richter erster Instanz verwarf den Antrag auf ein solches Provisorium, mit Beurtheilung in die dadurch verursachten Proceßkosten, und sprach zugleich seine amtliche Ueberzeugung aus, daß die Ausführung des projectirten Baues den Ruin der beiden armen Gemeinden herbeiführen würde <sup>1)</sup>.

Auf Befehl des Consistoriums wurde hiergegen an das hiesige Landesgericht appellirt, welches sich

---

<sup>1)</sup> Ich muß es bedauern, nicht im Stande zu seyn, die integrale Entscheidung zur Ehre des hiesigen Herrn Kreisamtmanns Brinkmeier mitzutheilen.

dann ganz für jene Consistorial-Grundsätze folgendermaassen aussprach:

„Was zuvörderst die Frage betrifft: ob der fragliche Bau in dem Maasse, wie derselbe von dem Fürstlichen Consistorium für nothwendig erachtet worden, wirklich erforderlich, oder eine minder kostbare Reparatur der vorhandenen Gebäude angemessener: desgleichen ob der für nöthig erachtete Bau sofort vorzunehmen sey, oder noch ausgesetzt werden könne; so leuchtet es von selbst ein: daß die Entscheidung darüber nicht zur Competenz der Gerichte gehört, sondern zunächst dem Fürstlichen Consistorium, welchem die allgemeine Aufsicht über das evangelisch-lutherische Kirchen- und Schulwesen in den hiesigen Landen <sup>1)</sup>, also auch über die Gegenstände die zur Erhaltung des Zwecks erforderlich sind, wohin insonderheit die geistlichen Gebäude gehören, anvertrauet worden, überlassen werden müsse. Da nun der Antrag der Pfarre zu Groß-Biewende auf Ermäßigung <sup>2)</sup> der

<sup>1)</sup> Die in altbraunschweigischer Verfassung bestandene Consistorial-Justiz ist nicht wiederhergestellt, und das jetzige Herzogliche Consistorium hat blos die vom Landesgerichte genannten Verwaltungsbefugnisse.

<sup>2)</sup> Im Braunschweigischen Curial-Styl ist dies Substantivum Ermäßigung in dem gar nicht darin liegenden Sinne des Substantivs das Ermessen oder die Beurtheilung sehr gebräuchlich, und eben so oft liest man das Zeitwort ermäßigen statt ermessen, beurtheilen. Die nicht-braunschweigischen Leser würden ohne diese Erläuterung mit der Ermäßigung — moderatio — im gegenwärtigen Falle nicht haben fertig werden können.

„gedachten Behörde: daß der fragliche Bauplan seinem  
 „Umfange nach, den Bedürfnissen des Predigers und der  
 „kirchlichen Verfassung zu Großen- und Klein-Biowende  
 „angemessen auch gegenwärtig nothwendig sey, gegründet  
 „ist, die Gemeinden aber bis jetzt eine abändernde  
 „Verfügung durch die competente Behörde <sup>1)</sup>  
 „nicht erwürkt haben; so muß auch bei der Ver-  
 „fügung über das nachgesuchte provisorium jene  
 „Ermäßigung des Fürstlichen Consistorii zum  
 „Grunde gelegt, also auch angenommen werden, daß  
 „der für nothwendig erkannte Bau ohne zu besorgen-  
 „den Nachtheil für den Prediger nicht bis zur Been-  
 „digung des Rechtsstreits über die Frage „wer die  
 „Kosten der Baulichkeiten <sup>2)</sup> zu tragen schuldig sey?“  
 „ausgesezt werden könne.“

Die weiteren Entscheidungsgründe betreffen die  
 Untersuchung, in welchem Maaße die beiden Gemein-  
 den und das Kirchen-Vermögen provisorisch die  
 Kosten zur Realisirung des Bauplans herzugeben  
 hätten; und ich darf sie daher, als der Hauptstreit-  
 frage untergeordnet, übergehen, und nur anführen,  
 daß der decisive Theil des Urtheils des Landesgerichts  
 lautete:

„daß die Entscheidung über die Nothwendigkeit  
 „des Baues, sowohl in Hinsicht auf den Umfang

<sup>1)</sup> Ohne Zweifel ist hier der Landesherr, als Episcopus, ge-  
 meint.

<sup>2)</sup> Unter Kosten der Baulichkeiten versteht man, hier zu  
 Lande, Baukosten.

„der vorzurichtenden Gebäude, als in Hinsicht auf die „Dringlichkeit, der competenten administrativen Behörde <sup>1)</sup> zu überlassen.“

Uebrigens wurde erkannt: daß die Kirche eine (durch Anleihe aufzubringende) bestimmte Summe von 1500 Rthlr. provisorisch beitragen, und das Uebrige von den beiden Gemeinden nach festgesetzten Quoten bezahlt werden solle.

Der der Kirche auferlegte Beitrag enthielt in der That und Wahrheit nur scheinbare Erleichterung der Gemeinden: denn der Consistorial-Anwalt bewies in einem gegen diese Beitrags-Bestimmung zur Hand genommenen Rechtsmittel, daß aus dem Kirchen-Vermögen fortwährend nicht einmal 1000 Rthlr. verzinst werden könnten: und wenn das Kirchen-Vermögen erschöpft war, mußten die Gemeinden eintreten. Daß aber, abgesehen von der Wichtigkeit der vom Landesgerichte ausgesprochenen Grundsätze, hier zugleich die Conservation zweyer armen Gemeinden auf dem Spiele stand, wurde um so wahrscheinlicher, da, nach darüber beigebrachten verständigen Begutachtungen, die Besorgniß begründet erschien, daß die Baukosten nicht 5, sondern 8 bis 9000 Rthlr betragen würden.

Doch dies nur beiläufig, denn auf erhobene Appellation an das Oberappellationsgericht wurden von demselben jene Grundsätze vollkommen gemißbilligt, das Urtheil des Richters erster Instanz wieder herge-

---

<sup>1)</sup> Dem Consistorium.



stellt, und die Partey des Consistorial-Anwalts auch zum Erfasse der Kosten der zweiten und dritten Instanz verurtheilt.

Folgendes sind die Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts.

„Daß die Gebäude der Pfarre zu Groß-Biewende „einer Hauptreparatur bedürfen, wird von den appellan- „tischen Gemeinden eingeräumt, auch sind sie keines- „wegs gemeint, sich der Verpflichtung, diese Repara- „turen zu beschaffen, zu entziehen, vielmehr haben sie „wiederholt erklärt, dieser Reparaturen, in so weit „sie die Herstellung der bereits vorhandenen Pfarr- „gebäude bezwecken, sich nicht zu weigern. In so „fern ist also kein Streit vorhanden.“

„Die jetzt zur Sprache gekommenen ausgedehnten Bau-Pläne haben daher ihren Ursprung genommen, daß auch in Beziehung auf die Pfarr- „Aecker zu Klein-Biewende, die bisher verpachtet „worden sind, der nöthige Scheurenraum zu Groß- „Biewende angeschafft werden soll, damit der dortige „Pfarrer in den Stand gesetzt werde, diese Aecker in „eigene Cultur nehmen zu können. Da es nun bis „jetzt keineswegs rechtlich feststeht, daß die appellan- „tischen Gemeinden verpflichtet seyen, ihrem Pfarrer „so viele Gebäude zu liefern, daß er sämmtliche „Pfarräcker selbst zu cultiviren vermöge, indem der „Pfarre auch Aecker beigelegt seyn können, welche durch „Verpachtung nur die Geldeinnahme vermehren sollen<sup>1)</sup>;

<sup>1)</sup> Wie z. B. dergleichen geistliche Präbenden.

„da ferner die Verpflichtung der Gemeinde Klein=  
 „Biewende noch nicht rechtlich feststeht, zu Groß=  
 „Biewende einen Scheurenraum mit herzustellen für  
 „diejenigen Ländereien, welche auf ihrer Feldmarke  
 „liegen; das Pfarrgebäude an sich, und abstrahirt von  
 „dem durch die projectirten größern öconomischen Ge=  
 „bäude herbeigeführten gänzlichen Umbau des Pfarr=  
 „hofes, auch einer Reparatur den Acten nach wohl  
 „fähig ist: so kann noch zur Zeit, und ehe in dieser  
 „Hinsicht gegen die appellantischen Gemeinden etwas  
 „in Rechten ausgemacht worden, von einem provi=  
 „sorischen, durch keine absolute Nothwendigkeit her=  
 „beigeführten, Bau nicht die Rede seyn; und dieses  
 „um so weniger, da gar nicht abzusehen ist, von  
 „wem, im Falle eines Sieges in der Hauptsache,  
 „die Gemeinden das provisorisch Hergeschossene zurück=  
 „erhalten sollten, da die Pfarre in ihrer Supplica=  
 „tions=Rechtfertigung selbst hinlänglich entwickelt und  
 „documentirt hat, daß es der Kirche am Vermögen  
 „fehlen würde, das provisorisch Hergeschossene zu ver=  
 „güten.“

„Daß aber in diesem Maaße von den Gerichten  
 „verfügt werden könne, ist um so weniger zu be=  
 „zweifeln, da keine Verwaltungs=Behörde in  
 „ihrem Wirkungskreise mit einer absoluten  
 „Unabhängigkeit von den Aussprüchen der  
 „Gerichte ausgestattet ist, sondern sich viel=  
 „mehr der Justiz unterwerfen muß, wenn  
 „sie, wie vorliegend der Fall ist, in ihrer

**„Verwaltung mit Privatrechten in Collision  
kommt.“**

Dieser große Grundsatz ist in der unter Nr. V. vorhergehenden Controversen-Entscheidung auch gegen die Policcy angewandt, und hier finden wir ihn in vollkommener Allgemeinheit gegen alle Verwaltungs-Behörden ausgesprochen.

Die Anwendung dieses Grundsatzes gegen Consistorial-Verfügungen ist zwar die große Hauptgabe, welche die Justiz durch die vorstehende Entscheidung des Oberappellationsgerichts empfangen hat; sie enthält aber außerdem noch folgende bemerkenswerthe praecjudicia. Namentlich ist der Justiz die Befugniß zur Rechtsprechung vindicirt, wenn sich die Eingepfarrten durch Bauanordnungen beschwert erachten <sup>1)</sup>.

Um die Wichtigkeit dieses Entscheidungspuncts und der daraus folgenden großen Beschränkung der Consistorial-Unabhängigkeit noch mehr hervorzuheben, stelle ich die Frage auf:

wenn Bauten, ohne einen Kostenbeitrag der Eingepfarrten in Anspruch zu nehmen, bloß aus dem Kirchen-Vermögen errichtet werden sollen,

---

<sup>1)</sup> Indem ich hier bloß die Eingepfarrten als zur Anrufung der Justiz berechtigt genannt habe, schwebte mir vor, daß nur für diese eine Klagen-Veranlassung entstehen könne; der Umfang des Hauptgrundsatzes nimmt aber die Klage Jedes in Schutz, dessen Rechten dadurch, auf welche Weise es seyn möge, durch solche Bauanordnungen zu nahe getreten wird. Z. B. wenn man mit einem Pfarrgebäude auf einen fremden Grund vortreten wollte u. u.

haben alsdann die Eingepfarrten kein Einspruchs- und Klagrecht in dem Falle, wenn sie *in subsidium* für die Kirchencasse eintreten müssen?

Da diese subsidiarische Verbindlichkeit wohl das Wenigste ist, was man als Regel annehmen kann <sup>1)</sup>; so hat die Beantwortung der aufgestellten Frage großes practisches Moment. Ihre Beantwortung zum Vortheile der Kirchen-Gemeinden scheint mir übrigens keinem rechtlichen Bedenken ausgesetzt zu bleiben, wenn man erwägt: daß durch jede Verminderung des Kirchen-Vermögens der Eintritt jener subsidiarischen Verpflichtung vernähert, und mithin durch Aufopferung des Kirchen-Vermögens auch eine Verbindlichkeit der Gemeinden, wenn gleich nur mittelbar, berührt wird. Nicht zu gedenken, daß ein rechtliches Interesse der Gemeinden, zu verhindern, daß ihre Pfarrgebäude über Nothwendigkeit vermehrt oder vergrößert werden, auch durch eine vorhandene Reparatur-Verbindlichkeit begründet würde. Es kann demnach die angerufene Justiz auch alsdann einschreiten, wenn nicht mäßige Bauplane bloß durch das Kirchenvermögen ausgeführt werden sollen.

<sup>1)</sup> Im Braunschweigischen hat die bekannte gemeinrechtliche Controverse, ob die Eingepfarrten bloß subsidiarisch, oder primario, namentlich bei Pfarrbauten, haften, bis in die neuesten Zeiten gelebt, und eine bunte Gallerie von Entscheidungen zur Folge gehabt. Ich behalte mir es vor, die Entscheidung des Obergerichts aufzunehmen, wodurch jener Justiz-Unhold, zum Vortheil der Pfarrgemeinden, endlich zum Grabe befördert ist.

Zweitens, hat das Oberappellationsgericht auch die Entscheidung der Frage der Justiz vindiciret: ob, unabhängig von dem über einen Bauplan entstandenen Rechtsstreite, provisorisch gebauet werden müsse?

Wie bedenklich es wäre, in diesem Puncte den kirchlichen Verwaltungs-Behörden die, vom Herzoglichen Landesgerichte denselben zugesprochene, Unabhängigkeit beizulegen, darüber enthält die obige Sache ein warnendes Beispiel.

Das Pfarr-Wohnhaus bedurfte nicht seiner Baufälligkeit, sondern seiner schlechten Einrichtung wegen, und weil der Pfarrer zu beschränkt wohnte, einer Verbesserung. Keines der Pfarrgebäude war domus ruinosa, oder gar den Einsturz drohend: und zu jeder Reparatur hatten sich die Gemeinden bereit erklärt. Wäre aber irgend eine wahre Baufälligkeit vorhanden gewesen; so mußte solche, des Processus über jenen Bauplan ungeachtet, gehoben werden. Damit wäre aber auch provisorie genug geschehen gewesen: denn ein provisorium konnte nicht weiter gehen als sein Rechtsgrund, also nicht weiter als die providirte Gefahr. Mit Uebergang aller rechtlichen Erfordernisse eines Provisoriums, und mit ungemessener Ueberschreitung seiner Grenzen, sollte aber der ganze Bauplan provisorisch durchgesetzt werden: weil — man höre! — der Pfarrer durch den entstandenen Proceß Schaden nicht leiden dürfe. Diese sogenannte Beschädigung bestand aber nur in dem Aufschub einer Verbesserung seines bisherigen Zu-

standes, in der Verzögerung der veränderten Benutzungs=Art seiner Klein=Viehwirtschaften Aecker durch deren eigene Cultivirung.

Hätte es für eine solche Vorthells= oder Gewinn=Verzögerung auch keinen Ersatz gegeben; so war es ja noch ganz problematisch, und gerade die Hauptstreitfrage bestand darin: „ob der Pfarrer verlangen könne, zur eigenen Bebauung jener Aecker in den Stand gesetzt zu werden?“

Nach dem Consistorial=Provisorium wäre daher *lana caprina* als Gegenstand des Processes übrig geblieben: denn durch Niederreißung der aufgeführten Gebäude hätten die Gemeinden, im Falle ihres Objiegß, nicht entschädigt werden können: und das Kirchen=Vermögen war unvermögend dazu: auch würde eine Entschädigung daraus, bei der oben berührten subsidiarischen Verbindlichkeit der Gemeinden, nur in einer Sinnen=Täuschung bestanden haben.

Was nun die eben berührte Hauptfrage betrifft:

ob eine Pfarre verlangen könne, in den Stand gesetzt zu werden, alle durch Verpachtung benutzte Grundstücke in eigene Bebauung zu nehmen?

so hatte das Herzogliche Consistorium deren entscheidende Beantwortung sich angeeignet, und das Herzogliche Landesgericht solches, nicht nur virtualiter, durch Anerkennung des Consistorial=Provisoriums, sondern auch ausdrücklich dadurch genehmigt, indem dem Consistorium, unabhängig von der Justiz, die Befugniß der Bestimmung zugeschrieben wurde „daß der fragliche

„Bauplan seinem Umfange nach den Bedürfnissen des  
 „Predigers und der kirchlichen Verfassung angemessen  
 „sey.“

Wenn man erwägt, wie häufig es vorkommt, daß eine Pfarre, — wenn sie Filiale hat, oder mehrere Mutter-Kirchen in ihr vereinigt sind — außerhalb der Feldmarke der Orts des Pfarrsitzes Acker besitzt, welche nicht durch eigene Bebauung benutzt werden: wenn man ferner erwägt, daß das sehr löbliche und preiswürdige Streben nach Verbesserung schlechter Pfarrstellen oft nur durch Verbindung mehrerer zu bewirken ist: und wenn man endlich bedenkt, welche große Ansprüche an den Pfarr-Gemeinden durch Bejahung jener Frage begründet werden; so ist es wichtig, daß auch hier das Oberappellationsgericht das Ansehen der heiligen Justiz hergestellt hat.

Eine entscheidende Beantwortung der Frage konnte aber das Oberappellationsgericht noch nicht ertheilen, weil die Entscheidung in den Hauptproceß und zur ersten Instanz gehörte. Ich darf es nicht wagen, mit meinen vorläufigen Meditationen über einen allgemeinen Entscheidungsgrundsatz hervorzutreten, weil die Parteien ihre Angriffs- und Vertheidigungsgründe noch zurückgehalten haben, und weil es in jedem Falle schwierig seyn wird, eine allen sich entgegen stehenden rechtlichen Interessen und Forderungen genügende Auskunft zu finden.

Ich kann mir keinen Fall denken, in welchem die Bejahung der aufgestellten Frage ohne irgend eine neue Belästigung der Pfarrgemeinden möglich wäre:

und wenn man auch, auf der andern Seite, ein nicht unwichtiges Pfarr=Verbesserungsmittel aus der Hand geben könnte; so blieben doch durch Verneinung der Frage die Pfarren der wirklichen Beschädigung ausgesetzt, die zu ihren Filialen gehörenden Grundstücke entweder für ein unangemessenes locarium auszuthun, oder solche uncultivirt zu lassen. Denn wenn die Gemeinden unter sich einig sind — und wie leicht ist dies bei einem gemeinsamen Vortheile! — so können sie bestimmen, welche Bagatelle sie dem Pfarrer für seine Grundstücke geben wollen, weil eine steigende Concurrenz gegen die Gemeinden nur selten aufzutreiben seyn wird.

Möchte doch hier die Gesetzgebung einen Mittelweg durch die sich kreuzenden Interessen hindurch ziehen: denn der Richter ist dazu nicht befugt, er muß wohlervorbene Rechte respectiren, und er darf zum Zwecke einer sogenannten politischen Entscheidung sich nicht vom Rechte ableiten lassen.

Mit einiger Besorglichkeit habe ich mir die Frage aufgeworfen: ob mit Recht zu erwarten sey, daß der beim Oberappellationsgerichte erfolgte wichtige Sieg der Justiz auch in den Fürstenthümern Wirkung haben werde?

Die unter der Nr. V. der Controversen = Entscheidung angeführten Fürstlich Lippischen und Fürstlich Schaumburg=Lippischen Verordnungen nehmen von der Competenz des Oberappellationsgerichts absolut aus „die Consistorial Sachen.“ — Ich glaube nämlich, die im §. 25 der Lippischen Verordnung vom



27. Februar 1816 ausgenommenen „geistlichen Sachen“ für gleichbedeutend mit „Consistorial Sachen“ nehmen zu müssen.

Was sind nun aber Consistorial-Sachen?

Die Consistorien müssen mit mir zufrieden seyn, wenn ich ihnen — abgesehen von einigen Reservaten des evangelischen Bischoffs — sogar alle bischöflichen Befugnisse einräume <sup>1)</sup>.

Die Begrenzung dieser bischöflichen Rechte ist nicht schwierig, wenn wir uns nur hüten, die in einer Person vereinten Qualitäten des evangelischen Episcopus und des Regenten zu vermengen, oder als identisch zu betrachten. Um durch die Verbindung dieser beiden Eigenschaften nicht getäuscht zu werden, müssen wir uns den Episcopus getrennt vom Regenten, und als besondere Person denken: ohnehin ist ja die Vereinigung beider Eigenschaften in der Person des Regenten in dem Sinne nur zufällig, daß es den souverainen Deutschen Fürsten freisteht, einen evangelischen Bischoff zu creiren, und diesem die eminentesten Rechte, ja den ganzen Umfang der Episcopat-Gewalt anzuvertrauen, oder ein Consistorium damit auszustatten <sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Um auf keinen Fall den Consistorien zu wenig einzuräumen: und also meinen Vordersatz deren Widersprüche nicht auszusetzen; bin ich hier absichtlich zu weit gegangen.

<sup>2)</sup> Die Verbindung des evangelischen Episcopus mit dem Regenten ist alsdann auch gar nicht vorhanden, wenn der weltliche Regent catholisch ist. Um in den Vordersätzen meines

So sehen wir also den evangelischen Bischoff nicht nur in einem Subordinations-, sondern im wahren Subjectionen-Verhältniß zur Staatsregierung. Er ist Unterthan, und sein kirchliches Regiment, mit keiner Autonomie ausgestattet, besteht nur in einer durch die weltliche Staatsgewalt ihm eingeräumten Verwaltung. Diefemnach können Episcopal-Verfügungen niemals als Gesetze betrachtet werden: und wenn sie diese Eigenschaft nicht haben, so bedürfen sie einer Rechtfertigung vor den Gesetzen, und also eben so oft, als sie unter dem Schutze der Gesetze stehende Rechte berühren.

Hiermit habe ich den vom Oberappellationsgerichte ausgesprochenen Hauptgrundsatz gerechtfertigt, und zugleich — was mein nächster Zweck war — dargethan: daß Verfügungen des kirchlichen Regiments nur so lange unabhängig von der richterlichen Beurtheilung sind, als der Schutz der Gesetze nicht dagegen angerufen wird; und hiernach ist es also nie zweifelhaft, was eine wahre Episcopal- oder Consistorial-Sache, als Gegensatz einer Justizsache, sey. Und da ich in meiner Ausführung ein Consistorium als mit vollständiger Episcopal-Gewalt ausgestattet

---

Ratiociniums nicht zu weitläufig zu werden, habe ich diesen, einer Ausführung bedürftigen, Grund nicht in den Text aufnehmen mögen. Wer etwas Gründliches darüber lesen will, den verweise ich auf: Das allgemeine canonische Recht der protestantischen Kirche in Deutschland von *Stephani*. Tübingen bei *Osiander*, 1825. In dem Anhang über den richtigen Begriff vom obersten Episcopate in der protestantischen Kirche.

vorausgesetzt, ja es mit dem Episcopus selbst aufgenommen habe; so brauche ich über die Unstatthaftigkeit der Anrufung des Episcopus gegen Consistorial-Verfügungen, wenn dadurch die Grenzen des eigentlichen Kirchen-Regiments überschritten sind, kein Wort zu sagen: indem sie als Versuch zur Abwendung eines Rechtsstreits nur rathlich, niemals als Rechtsmittel erscheinen können.

Wer aber, in die Sonderung des Episcopus vom Regenten nicht eingehend, jene Anrufung oder Beschwerde gegen Consistorial-Verfügungen als an die weltliche Staatsregierung, oder als an diese mitgerichtet, betrachten, und so eine Sicherung gegen Rechtskränkung in dem Gesetzgeber, als dem Urquell aller Justiz, finden wollte; den müßte man daran erinnern, daß es ein Character unserer Staats-Verfassungen ist, daß den Regenten die Befugniß der Rechtsprechung nicht zusteht, und sie, wenn gleich durch Gesetze die Privatrechte regelnd und beschränkend, das Urtheil, was nach diesen Gesetzen in jedem vorkommenden Falle Recht sey, der Justiz überlassen müssen.

Die Consistorien sind in ihrer Verwaltung auf die Verwendung derjenigen Mittel beschränkt, welche durch Gesetze oder durch besondere Rechtstitel dem Kirchen-Regimente zustehen: sind diese Mittel zu den Zwecken unzureichend; so müssen sich die Consistorien durch den Episcopus, der dem Gesetzgeber im Schooße sitzt, an Letzteren wenden, denn nur dieser hat die Macht, durch Gesetze Zwangs-

pflichten zur Aushülfe der kirchlichen Haushaltung zu vergrößern und zu schaffen.

Diesemnach glaube ich ausgeführt zu haben, daß durch die in den oben angeführten Gesetzen über die Competenz des Obergerichtsgerichtes enthaltene Ausnahme der Consistorialsachen bloß das Einschreiten des Obergerichtsgerichtes in die Grenzen des eigentlichen Kirchen-Regiments verhindert, nicht aber das Verschreiten des Kirchen-Regiments aus seinen Grenzen gegen die Justiz in Schutz genommen sey; und also in solchen Fällen das Obergerichtsgericht auch aus den Fürstenthümern Lippe und Schaumburg-Lippe mit Wirkung angerufen werden könne.

Anderß verhält es sich aber mit der Competenz des Obergerichtsgerichtes in Hinsicht der Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont. Es kann mir nicht angenehm seyn, dies erklären und beweisen zu müssen.

In der Fürstlich Waldeckischen Verordnung vom 31. Dec. 1816 sind im 4ten Artikel diejenigen Sachen genannt, welche der Cognition des Obergerichtsgerichtes entzogen seyn sollen, und hierunter gehören — verbiß: „reine Consistorialsachen, wie solche in dem „Artikel I. der Verordnung vom 29. Nov. 1811 „näher bestimmt sind.“

In der hier in Bezug genommenen Verordnung heißt es nun aber: „Alle vorhin der höchsten Competenz unsers Consistoriums untergeordneten Sachen, „welche nicht durch gegenwärtige Verordnung ausdrücklich für appellationsfähig erklärt sind, bleiben „nach wie vor der alleinigen Cognition unsers Con-

„fistoriums vorbehalten. Namentlich gehören hierher  
 „alle rein geistlichen und kirchlichen Angelegenheiten,  
 „Anordnung des Gottesdienstes zc., Inspectionen und  
 „Visitationen der Kirchen und Schulen zc., Disciplina-  
 „ren sachen zc. zc. Anordnungen des Baues und  
 „der Reparaturen kirchlicher und geistlicher  
 „Gebäude zc. zc., Bestimmung der Parochia-  
 „litätspflicht zum Unterhalt der Kirchen=  
 „Diener und deren Wittwen, des Bei-  
 „trags zu den Kosten der geistlichen  
 „Gebäude zc. zc.“

Dieser Auszug des Verzeichnisses der dem Consistorium ausschließlich zugewiesenen Sachen wird zur Genüge ersehen lassen, daß die Justiz des Oberappellationsgerichts in den von mir vorhin betrachteten Sachen gelähmt ist: denn nicht nur die geistlichen Administrations- Gegenstände, sondern auch Verfügungen wodurch das Vermögen der Unterthanen in Anspruch genommen wird, sind für inappellable Consistorial-Sachen erklärt.

Für meine nicht Waldeckischen Leser muß ich jedoch die Aufklärung beifügen: daß das Waldeckische Consistorium zugleich als ein Justiz-Collegium erschien, und mithin die obigen Bestimmungen die Consistorial-Justizsachen nicht eigentlich der Justiz entzogen, sondern nur die Appellation an das Waldeckische Hofgericht, als damaliges oberstes Difasterium, verwarfen. Dieser damalige höchste Gerichtshof verdiente die große Achtung, in der er stand, und von jeher gestanden hatte.

Die Rechtfertigung würde daher schwierig seyn, daß man den Legislatur bewog, seinen eigenen höchsten Justizhof zu lähmen, den Gesetzgeber in der That und Wirklichkeit der Consistorial-Rechtsprechung in Consistorial-Sachen den Vorzug vor der Justizverwaltung des obersten Dikasterii zuerkennen zu lassen! Der dem Regenten im Schooße sitzende Episcopus wollte sich in seiner Administration nicht länger durch jenes Dikasterium stören lassen.

Und dieses Streben nach Unabhängigkeit hat dann auch die Ausschließung des Oberappellationsgerichts in so wichtigen Sachen zur Folge gehabt. Als gewissenhafter Priester im Tempel der Gerechtigkeit kann ich dies nicht loben, wenn ich gleich weit davon entfernt bin, dem Streben der Administrativ-Beörden nach Unabhängigkeit, wenn auch nicht von der Justiz überhaupt, doch von dem ordnungsmäßigen Justizgange, irgend einen unredlichen Grund zu unterlegen. Alle Administrativ-Beörden huldigen der Justiz; keine will aber in ihren auf gewissenhafte Ueberzeugung gegründeten Verfügungen durch die Justiz sich stören lassen; die Justiz erscheint ihnen in einem solchen Falle als ein Mangel, als ein Gebrechen der Staatsverfassung, und sie verlangen daher Unabhängigkeit in der Ueberzeugung, daß solche dem Gemeinwohl entspreche.

Möchten aber doch unsere Legislationen aus der vom Oberappellationsgerichte entschiedenen Sache ein warnendes Beispiel nehmen, wie bedenklich es sey, wie gefährlich es den Privatrechten und der Rechts-

sicherheit werden könne, die Administrativ=Behörden zu Selbststrichtern über ihre eigenen Pläne zu erheben. Die größte Werthhaftigkeit solcher Behörden kann gegen ein Zuweitgehen nicht sichern. Auch das hiesige herzogliche Consistorium ist eine tadelfreie Behörde, und wir müssen seine Verfügungen als von Männern ausgegangen betrachten, deren Namen in wohlbegründeter Achtung stehen; aber dennoch ließ sich dasselbe in seinem verehrungswerthen Eifer für die Religion und ihre Diener, in dargelegtem Maaße, zu weit führen.

Wollte man den obersten geistlichen Verwaltungs=Behörden die Macht einräumen, alle Aufwendungen anzuordnen, die sie für nothwendig oder zweckmäßig erachten, ohne durch den Belang der ihnen angewiesenen Mittel beschränkt zu seyn; so würde zum Nachtheile der Unterthanen in diesem einzigen Administrations=Zweige mehr möglich seyn, als eine weise Regierung in allen andern Zweigen ihrer väterlichen Thätigkeit wieder gutzumachen vermöchte.

## VIII.

Ueber das Zinsen-Privilegium des  
Fiscus.

Dem Fiscus stehet nach Römischen Rechten, nicht nur in der Zinsen=Verpflichtung, sondern auch in der Zinsen=Berechtigung, ein Privilegium zu.

Folgendes sind die beiden hierher gehörenden Sanctionen.

Lex. 17 D. de usuris et fruct. etc. (22. I.) ait §. 5. „Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit (ut solet a foricariis qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus). Cum autem in loco privati succedit, etiam dare solet.“

Et. §. 6. „Si debitores, qui minores semissibus praestabant usuras, fisci esse coeperunt, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt praestare.“

Man kann gerade nicht behaupten, daß die potestas legislatoria durch solche Sanctionen ihr eigenes Interesse habe befeinden wollen. Auch würde es in legislativer Hinsicht wohl nicht zu rechtfertigen seyn, den Fiscus in seinen Privatrechts=Verhältnissen so zu privilegiren. Durch die Untersuchung,



daß im Gesetze der Kaiserliche Fiskus gemeinet sey, ist zur Beschränkung der Anwendung des Gesetzes bei uns wenig oder gar nichts gewonnen. Uebrigens schien das Gesetz so deutlich, daß sich die Jurisprudenz an eine einschränkende Bestimmung nicht wagen wollte.

Thibaut im Syst. d. Pand. R. §. 279 nimmt, in Beziehung auf jene Gesetzes-Stellen, keinen Anstand, als unzweifelhaft zu lehren: „Der Fiskus hat „das Vorrecht, daß er auch ohne Vertrag sechs „Procent fodern kann, daß er hingegen keine Zinsen „zu erlegen braucht, wenn er nicht in die Zins- „pflicht eines Andern als Nachfolger ein- „tritt.“

Ueber jene *usuras semisses* ist bei unserm Oberappellationsgerichte noch kein Proceß vorgekommen. Auch scheint der allegirte §. 6. keiner Controverse Raum zu geben. Wenn es nicht etwa zweifelhaft seyn sollte: Ob der in die creditorischen Rechte eines Andern eingetretene Fiskus auch alsdann *semisses* fordern könne, wenn der Debitor seinem ursprünglichen Creditor nur zu einem geringeren Zinsfuße **vertragsmäßig** verpflichtet war?

Nach den Worten des Gesetzes müßte man die Frage bejahen: müßte also dem Gläubiger die Befugniß geben, durch eine Cession seiner Rechte an den Fiskus seinen Schuldner zu beschädigen: müßte annehmen, das Gesetz habe im Moment der Uebertragung der creditorischen Rechte an den Fiskus namens des Schuldners einen lästigeren Zinsvertrag geschlossen,

ungeachtet es doch wohl keinem Widerspruche ausgesetzt seyn kann, daß der Fiscus sich selbst geringere als sechsprocentige Zinsen stipuliren, und also auch in einen mindern Zinsvertrag eintreten dürfe.

Gegen den Vorwurf einer solchen Mißhandlung der obersten Rechtsgrundsätze können wir aber das Gesetz durch die Erwägung retten: daß in jenem ganzen Pandecten=Titel nur von nichtvertragsmäßigen, von nicht ausdrücklich stipulirten Zinsen und ähnlichen Leistungen die Rede ist: mithin die generale Fassung eines einzelnen Fragments es nur dann gestatten würde, einen, die Grenzen des ganzen Kapitels überschreitenden, Sinn darin zu finden, wenn diese Meinung ausdrücklich ausgesprochen wäre.

Diese beschränkende Auslegung hat das für sich, daß dadurch der Gesetzgeber, wenigstens in geringerem Grade, mit den von ihm gegebenen Rechts=Grundsätzen in Widerspruch gesetzt wird. Auch ist sie der Pflicht gemäß, wonach jedes Privilegium stricte, und im zweifelhaften Falle einschränkend erklärt werden muß.

Eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts über diese Zins=Berechtigung des Fiscus möchte indessen noch lange außenbleiben: indem in den Staatshaushaltungen die Zinsen=Einnahme zu den Seltenheiten zu gehören pflegt, oder es doch an einer vertragsmäßigen Bestimmung des Zinsfußes nicht fehlen wird. Die Braunschweigische Gesetzgebung über das Zinsen=Privilegium des Fiscus — welche ich näher betrachten werde — hat auch bloß die Zinsen=Verpflichtung zum Gegenstande.

Was nun aber diese Zins=Verpflichtung des Fiscus betrifft; so hat sich unser Oberappellationsgericht folgendermaßen darüber ausgesprochen, verbiis:

„Wenn es in L. 17 §. 5 D. de usuris etc. heißt, *fiscus ex suis contractibus* <sup>1)</sup> *usuras non dat*; so ist dadurch dem fiscus ein *privilegium* gegeben. Diese Natur des Gesetzes verhindert jede „ausdehnende Erklärung, und daher auch die Anwendung auf *usuras legales*.“

Man könnte vielleicht den Grund noch hinzuthun, weil den *usuris legalibus* immer eine *dispositio specialis* zum Grunde liege.

Es ist diese Beschränkung des Zinsen=Privilegiums erkannt:

1) in causa Eggeling contra Cameram ducalem, per sententiam de 27. Maji 1825 und

2) beiläufig berührt in dem Urtheile vom 22. Februar 1825 in der Sache der Herzoglichen Cammer gegen die Halbspänner zu Seinstedt, Hedeper und Börsum, namentlich Borchers und Consorten.

Wie beträchtlich das Oberappellationsgericht jene Befreiung des Fiscus beschränkte, indem es die *usuras legales* davon ausnahm, wird einleuchtend, wenn man erwägt:

daß für solche Befreiung, demnach, nur solche eigentliche Verzugszinsen übrig bleiben, welche

---

<sup>1)</sup> Ich wiederhole hier die vorhergehende Bemerkung: daß das Gesetz durch die Worte „*usuras ex contractibus*“ keineswegs *usuras in contractibus stipulatas*, sondern *ex contractibus ob moram praestandas* verstehe.

außer der *mora* keinen besonderen gesetzlichen Grund haben <sup>1)</sup>).

Denn sobald die Verpflichtung zur Zinsenzahlung außer der *mora*, als dem generalen Grunde, noch auf namentlicher, besonderer Bestimmung eines Gesetzes beruhet, classificiren sich die Zinsen unter die *legales*: wenn gleich bei vielen der letzteren irgend eine *mora* als *ratio legis* vorhanden ist.

Wie viele wichtige und große Kapitel diese *usuras legales* einnehmen, und wie beschränkt dadurch die Fälle der *usurarum morae*, in jenem engsten Sinne, werden; darüber verweise ich — um nicht auszusprechen — auf das Zinsen-Verzeichniß in Thibaut c. §. 279. und die daselbst genannten Gesetze.

Für die Braunschweigische Jurisprudenz habe ich über diesen Gegenstand nun noch folgendes hinzuzufügen:

1) Die Braunschweig-Lüneburg-Wolfenbüttelsche Amts-Cammer-Ordnung lautet §. 67: „Dafern ein Rechnungsführer oder Conductor, „über die gehabte Einnahme oder das versprochene „*locarium*, etwas beweislich vorschossen (wann es „sonst keine Kleinigkeit sondern sich wenigstens auf „100 Thaler beläuft) à 5 pro Cent verzinsset, aber „keine Zinse auf Zinse angerechnet noch passiret werden.“

<sup>1)</sup> Die von Thibaut c. l. aufgenommene gewöhnliche Meinung erscheint als ein wahres Gegenstück der Meinung des Oberappellationsgerichts.

2) Die, in Folge der Berathung mit den Braunschweigischen Landständen, von der damaligen vormundtschaftlichen Regierung des Herzogthums am 20. October 1821 erlassene Verordnung, die Landes-schulden betreffend, sagt §. 13. „Zu andern „Zinsen, als solchen, welche in den Verschreibungen „versprochen, oder durch gegenwärtige Verordnung „bestimmt worden, ist die Landessteuer-Casse nicht „verpflichtet, und da schon die gemeinen Rechte ver- „ordnen, daß die Cassen des Staates, wegen ihrer „eigenthümlichen Verbindlichkeiten als solche, zu Ver- „zugs-Zinsen nicht verbunden sind, so wollen Wir „hierdurch zum Ueberflusse annoch diese Bestimmung „der gemeinen Rechte dahin erklären, daß die öffent- „lichen Landes-cassen, und besonders die Landes-Steuer- „casse, zu einer Verzinsung solcher Forderungen, welche „der eingetretenen Umstände halber nicht sofort, son- „dern erst successiv haben berichtigt werden können, „oder noch zur Berichtigung liquidiret und anerkannt „werden möchten, wenn dafür ursprünglich keine Zin- „sen versprochen worden, nicht verbunden sey, und „wenn solcherhalb Verzugs-Zinsen gefordert werden „möchten, darauf weder von den verwaltenden Be- „hörden eingegangen, noch von den richterlichen er- „kannt werden solle.“

3) Dasselbe Zinsen-Privilegium ist in der wei- teren, die Cammerschulden betreffenden Verord- nung vom 29. Oct. 1821 auch der Herzoglichen Cammer-Casse noch ausdrücklich zugewandt, wenn es daselbst §. 5 im zweiten Abschnitte heißt: „Eben-

„mäßig ist auch der 13te §. selbiger Verordnung  
 „(nämlich jener Verordnung über die Landes=Schul=  
 „den) wegen der Verzug=Zinsen auf die Fürstliche  
 „Cammer=Casse in Ansehung solcher etwaigen Rück=  
 „stände anwendlich, deren Berichtigung von ihr in  
 „ihrer Eigenschaft als einer Casse der allgemeinen  
 „Staatsverwaltung, geschieht, und ihr daher die  
 „Rechte des Fiscus zustehen.“

Es fragt sich nun: ist die vom Oberappellations=  
 gerichte gegebene beschränkende Festsetzung des Zinsen=  
 Privilegiums des Fiscus auch noch mit dieser neueren  
 Braunschweigischen Gesetzgebung vereinbar, und platz=  
 greifend?

Dem Oberappellationsgerichte lag bei der am  
 17. März 1825 gegebenen Entscheidung auch schon  
 diese Gesetzgebung vor, und es äußerte sich dasselbe  
 in den Entscheidungsgründen darüber folgendermaassen:  
 „Der Cammer=Anwald konnte aber dies Römische  
 „privilegium fisci um so weniger in Anspruch neh=  
 „men, da die Braunschweigische Amts=Cammer=Ord=  
 „nung im 67. Art. namentlich auch den Conductoren  
 „von deren Vorschüssen, wenn sich solche wenigstens  
 „auf 100 Thaler belaufen, fünfprocentige Verzinsung  
 „zusichert <sup>1)</sup>.“

<sup>1)</sup> Bei dem beschränkenden Grundsatz des Oberappellationsge=  
 richts erscheint diese Disposition der Amts=Cammer=Ordnung,  
 indem sie eine Zinsverpflichtung ausspricht, als mäßig: denn  
 in ihrem Falle waren usurae legales „wegen nützlicher  
 Geldverwendung für einen Andern“ vorhanden. Nur  
 die Beschränkung solcher Verpflichtung auf den Fall, daß ein

„Daß endlich die Amts-Cammer-Ordnung in  
 „diesem Puncte durch die Verordnung über die Cam-  
 „merschulden vom 29. Oct. 1821 §. 5 aufgehoben  
 „sey, ist darin nicht ausgesprochen, ja jener Disposi-  
 „tion der Amts-Cammer-Ordnung gar keine Er-  
 „wähnung geschehen.“

„Könnte aber dennoch jene spätere Verordnung  
 „als ein correctorisches Gesetz betrachtet werden;  
 „so wäre damit noch nicht die vom Cammer-An-  
 „walde verlangte rückwirkende Kraft, und also  
 „nicht deren Anwendung auf den gegenwärtigen Fall  
 „gerechtfertigt.“

Durch diese letztere Erwägung, daß spätere Ge-  
 setze auf einen früheren Fall nicht angewandt werden  
 könnten, wurde das Oberappellationsgericht überhoben,  
 sich über den Sinn jener neueren Gesetze mit Be-  
 stimmtheit auszusprechen, und nur die Meinung ist in  
 den Entscheidungsgründen angedeutet, daß die specielle  
 Disposition der Amts-Cammer-Ordnung durch die  
 Verordnung vom 29. Oct. 1821 nicht aufgehoben  
 sey.

Der Grund, daß eine Gesetzes-Correction aus-  
 drücklich, oder wenigstens als unzweifelhafte Meinung  
 des Gesetzgebers, ausgesprochen seyn müsse, entspricht  
 der juridischen Hermeneutik, und rechtfertigt die ange-  
 deutete Meinung: wenn man sich gleich der Ver-  
 muthung nicht erwehren kann, daß die Disposition  
 der Amts-Cammer-Ordnung bei den Berathungen

---

Vorschuß mindestens 100 Thaler betragen würde, bleibt be-  
 achtenswerth.

über jenes neuere Gesetz gar nicht erwogen seyn möge, weil es im entgegengesetzten Falle nicht denkbar seyn würde, daß man sich über das Aufhören oder Fortbestehen jener Disposition nicht ausgesprochen hätte.

Durch die Aufrechthaltung der Amts-Cammer-Ordnung zu Gunsten der von herrschaftlichen Pächtern geleistet werdenden Vorschüsse ist nur eine specielle Beschränkung des verrufenen Zinsen-Privilegiums gewonnen; nicht schwierig ist aber die Vereinbarung der vom Oberappellationsgerichte festgesetzten großen Einschränkung mit der citirten neueren Gesetzgebung.

Zwar scheint der Eingang des §. 13 der Verordnung über die Landessschulden die Zinsen-Verpflichtung auf Vertrags- — auf stipulirte — Zinsen zu beschränken; es erklärt sich dieser Schein aber aus dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden §. 12, worin bloß von stipulirten, und namentlich nur vom Zinsfuße die Rede ist, es sollen keine höheren als die in den Verschreibungen versprochenen Zinsen wegen Verzugs gefordert werden können; und es verschwindet jener Schein ganz, wenn in dem folgenden Inhalte des §. 13, und zwar zweymal, die gemeinrechtliche Befreiung der Staatscassen von der Zinsenzahlung auf **Verzugszinsen** beschränkt wird. Und daß ganz ohne Zweifel nur diese Zinsen-Art gemeinet sey, ergibt sich noch aus der citirten Stelle des §. 5 der Verordnung über die Cammerschulden, indem darin die Bestimmung jenes §. 13 als auf Verzugszinsen gehend ausdrücklich in Bezug genommen ist.

Es hat also die Braunschweigische Gesetzgebung



die gemeinrechtliche Befreiung von Verzugszinsen, ohne Erweiterung, nur erneuert, und — um den Zweifel zu entfernen, welchen Cassen dies Privilegium des Römischen Fiscus zukomme — diejenigen Staatscassen genannt, welchen dasselbe zustehen soll. Und es liegt demnach in dieser Gesetzgebung kein Hinderniß der Anwendbarkeit der vom Oberappellationsgerichte gegebenen Bestimmung des gemeinrechtlichen Zinsen-Privilegiums: ja man könnte auf den Gedanken kommen, als sey das Oberappellationsgericht durch jene Braunschweigischen Verordnungen erst auf den rechten Weg geleitet, indem darin die Beschränkung auf Verzugszinsen ausdrücklich ausgesprochen ist, während solche Beschränkung in die Römischen Gesetze erst hinein argumentirt werden mußte.

Uebrigens darf ich nicht unbemerkt lassen, daß der citirte §. 5 der Verordnung über die Cammer=schulden einen neuen Zweifel über die Anwendbarkeit des Zinsen-Privilegiums veranlaßt und begründet, aus dem nur eine noch weitere Beschränkung desselben folgen kann. Es soll nämlich die Zinsfreiheit der Cammer=Casse in Ansehung solcher Rückstände zustehen, deren Berichtigung ihr in ihrer Eigenschaft als einer Cassen der allgemeinen Staatsverwaltung obliege. Die Bestimmung, wann die Cammer=Casse diese Eigenschaft habe, oder nicht habe, ist — leider! — im Gesetze nicht gegeben, und dadurch der Jurisprudenz die Hebung einer unangenehmen Rechts=Unsicherheit überlassen geblieben; und es ist also durch jene Verordnung, und zwar

gerade indem sie Rechtszweifel heben wollte, diese Krankheit der Gesetzgebung nicht geheilet, sondern verschlimmert.

Mag nun aber auch durch die Erklärung des Oberappellationsgerichts — in Verbindung mit der zuletzt betrachteten Gesetzstelle — dem Zinsen = Privilegium der Boden ausgeschlagen seyn, so bleibt dasselbe doch in den kleinsten Ueberbleibseln seiner Wirksamkeit eine unangenehme Erscheinung. Der Staat soll, wenigstens wenn er Privat-Rechtsverhältnisse eingetretet <sup>1)</sup>, ein Vorbild der Ehrlichkeit seyn; er muß also auch, und zwar zur rechten Zeit, bezahlen, was er schuldig ist. Das Streben nach einer solchen Ehrlichkeit kann man entweder als Characterzug, und als eine Tugend, oder <sup>2)</sup> wenigstens als Maxime der Regierungen aller christlichen Staaten unseres Zeitalters nennen. Fehlt es einem Staate an den Mitteln, seine debitorischen Verbindlichkeiten vollkommen, und also auch prompt, zu erfüllen; so kann dadurch keine Befreiung von der Verpflichtung, sondern nur Aufschub der Erfüllung begründet werden, — nicht einmal die exceptio caesarea zerstört das Klagrecht, es lebt, wenn gleich schlafend, fort.

---

<sup>1)</sup> Ich bitte, diese sonderbar aussehende Beschränkung der Staats-Ehrlichkeit mir nicht übel zu deuten!

<sup>2)</sup> Dieses „oder“ habe ich nicht hinweglassen dürfen, um mich der Kritik derer zu entziehen, welche den Grund dieser kaufmännischen Staats-Redlichkeit zuweilen in der Staats-Klugheit suchen und finden wollen.

Fehlt es nun aber einem Staate an Zahlungsmitteln nicht; so enthält das Zinsen-Privilegium sogar nur eine Begünstigung der Nachlässigkeit der Verwaltungs-Beörden. Es läßt sich demnach dies Privilegium in legislativer Hinsicht in keinem Falle, und am wenigsten im letztgenannten, rechtfertigen. Wenn die Braunschweigische Landstandschaft und Cammer erwägt, einmal, was dies Privilegium eigentlich sey, und, zum Andern, daß es auf ihre musterhafte Verwaltung und auf den erfreulichen Zustand ihrer Haushaltung einen Schatten werfen könnte: so werden sie wünschen, daß ein solcher Segen wieder von ihnen genommen werden möge.

---

## IX.

Ueber Wirksamkeit von Protestationen, im Allgemeinen: und ins besondere a, zum Zwecke der Conservation des Besizes, b, zur Abwendung der Folgen der Einmischung in eine Erbschaft, und c, um durch Annahme einer Capital=Forderung die Klage auf Zinsen nicht zu verlieren.

In einer Sache der Gemeinde Harlingerode gegen die Herzogliche Cammer ist in einem Urtheile vom 8. Februar 1825 vom Oberappellationsgerichte folgendes Merkmal der Wirksamkeit und Unwirksamkeit von Protestationen und Rechtsvorbehalten gegeben. „Nur „dann, wenn nach gesetzlicher Vorschrift eine Handlung durchaus gewisse Folgen haben soll, oder wenn „die Handlung mit der Protestation so im Widerspruche steht, daß beide neben einander nicht bestehen „können, mithin die Handlung eine Aufhebung der „Protestation nothwendig enthält, — nur dann ist „eine unwirksame Protestation, eine *protestatio facto contraria* vorhanden.“

Gemäß dieses Grundsatzes erkannte nun das Oberappellationsgericht in jener Sache: daß durch eine,

mit Protestation begleitet gewesene, Zehntgelds-Zahlung <sup>1)</sup> zwar der Besitz der Zehntfreiheit, aber keine weitere Rechtszuständigkeit verloren gegangen sey, namentlich eine von der Herzoglichen Cammer daraus hergeleitete Verzichtleistung nicht begründet erscheine.

### Erste Meditation.

In dem entschiedenen Falle war von der Bezahlung eines Zehntgeldes, also von einer Handlung des Protestanten, die Rede: um nun aber das gegebene Kriterium vollkommen zu generalisiren, müssen wir zu einer so beschaffenen Handlung auch den Fall eines mit Protestation begleiteten Duldens hinzudenken. Ein solches Dulden würde in der entschiedenen Sache vorgelegen haben, wenn die Protestation gegen eine vorgenommene Natural-Zehntziehung gerichtet gewesen wäre.

### Zweite Meditation.

Die geschehene Verwerfung der Einrede der Verzichtleistung entspricht dem aufgestellten Grundsatz, und findet ihre Rechtfertigung in der Erwägung: daß die mit Protestation begleitete Handlung von der Protestation nicht getrennt, — eine bedingte Handlung, ein bedingtes Dulden, nicht als unbedingt betrachtet werden kann. Das Oberappellationsgericht hat diesen Entscheidungsgrund so ausgedrückt: „bei

---

<sup>1)</sup> Eines Surrogats des Natural-Zehntens.

einer Protestation könne der andere Theil die Handlung nur so annehmen, als sie wirklich, und der Erklärung des Protestirenden gemäß, beschaffen sey.“

Hiermit vermag ich nun aber nicht in Uebereinstimmung zu bringen: daß ein vorherbestandener Besitz durch Protestation nicht sollte haben conservirt werden können.

In dem entschiedenen Proceß galt es nicht mehr um den Besitz, sondern er war petitorisch; die eben bemerkte Aeußerung in der Entscheidung gehörte daher auch nicht zu dem decisiven tenor, sondern zu den Entscheidungs-Gründen; und meine Bemerkung ist demnach auch nicht gegen die Entscheidung des genannten Proceßes gerichtet, sondern ich will nur einen reinen Grundsatz rein zu erhalten suchen.

Wer sich, nämlich, im Besitze befände, und nun eine diesem Besitze zuwiderlaufende Handlung vornähme oder gestattete, mit der ausdrücklichen Verwahrung, dadurch den Besitz nicht aufgeben zu wollen, der würde ohne Zweifel durch eine solche nur scheinbare Besitz-Einräumung seinen Besitz nicht verlieren <sup>1)</sup>. Dieß entspricht dem obigen Grundsatz, und der Erwägung, daß ein freiwilliges Zugeständniß nur in

<sup>1)</sup> Es versteht sich von selbst, daß ich hier einen unbestrittenen Besitzstand vor der scheinbaren Besitz-Einräumung voraussetzen muß: mithin der Gegner nur in Folge des freiwilligen und bedingten Zugeständnisses die Besitzhandlung vornehmen konnte. Anders würde es sich im Falle eines streitigen Besitzstandes verhalten, wo der Gegner nicht in Folge des Zugeständnisses, sondern unbeachtet desselben aus vermeintlich eigenem Rechte handelte. Ich untersuche hier nur: ob der Besitz durch Protestation conservirt werden könne?

seinem wahren Sinne acceptirt werden kann: auch würde ein solches, wenn gleich nicht ad preces erfolgtes, Zugeständniß mit dem precarium nahe verwandt seyn.

Da aber in *possessorio summariissimo* nur die äußeren Merkmale der Besiðhandlung beachtet werden: so würde eine Besiðhandlung von jener Beschaffenheit momentanen Besiðschutz bewirken können.

Um die Oberappellationsgerichts = Entscheidung mit ihrem Grundsatz in Uebereinstimmung zu erhalten, glaube ich daher — und zwar in animam des Oberappellationsgerichts — den in der Entscheidung angenommenen Besið = Verlust auf den jüngsten Besið beschränken <sup>1)</sup>, und behaupten zu müssen, daß jene Protestation oder Verwahrung in *possessorio ordinario* ihre rechtliche Wirkung äußeren, und Wiederherstellung des Besiðstandes begründen müsse.

Wäre nun aber der frühere, oder der ordentliche, Besiðstand schon zur Zeit der mit einer Protestation vorgenommenen oder geduldeten Besiðhandlung streitig gewesen, worin bestände alsdann die Wirkung der Protestation? Gemäß des obigen Grundsatzes, nur in der **Conservation der Streitigkeit**: indem der höchste Zweck jeder Protestation darin besteht, einen Rechtszustand zu *conserviren* <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Da es in der entschiedenen Sache nicht mehr um den Besið galt; so war keine nahe Veranlassung zu einer näheren Entwicklung in der Entscheidung vorhanden.

<sup>2)</sup> Der öftere Gebrauch des lateinischen „*conserviren*“ wird durch den Doppelsinn des Zeitworts „*erhalten*“ entschuldigt.

Was bleibt dießemnach aber für diejenige Protestation übrig, welche gegen einen wirklich bestehenden Besitz gerichtet wird?

Eine solche Protestation kann gar keine Wirkung haben, weil für den Protestirenden nichts zu conserviren war. Der Einwurf, daß der Besitzer dadurch in malam fidem gesetzt werden könne, trifft diese unbedingte Verneinung nicht: denn wenn dem Besitzer die Ueberzeugung der Unrechtmäßigkeit, oder gar der Fehlerhaftigkeit, seines Besitzes beigebracht, und dabei gegen seinen Besitz protestirt wurde; so können wir jene Wirkung nicht dem Acte der Protestation, sondern der damit verbunden gewesenen Aufklärung zuschreiben.

Die gegenwärtige Meditation würde zu einem Buche anwachsen, wenn ich, von dem gewählten Standpuncte aus, das große Feld der Verjährung durchwandern wollte.

Ich habe mir keinen Verjährungs-Fall bilden können, wo der Grundsatz „durch Protestation kann ein bestehender Rechtszustand nur conservirt werden“ sich nicht bewähret, und zur Bestimmung der Einwirkung und Unwirksamkeit auf den Anfang, die Fortsetzung und Vollendung einer Verjährung nicht genügt hätte.

### Dritte Meditation.

Unter die Classe der unwirksamen Protestationen, weil dadurch diejenige Wirkung abgewandt werden soll, welche durch ein Gesetz als unabwendbare Folge



einer gewissen Handlung, und die im Gesetze genannte Absicht des Handelnden als praesumptio juris et de jure festgesetzt ist, — unter diese Classe gehören: die Verwahrung, daß dem Ehegatten durch den gestatteten Beischlaf nicht verziehen seyn solle: so wie die Erklärung, durch eine vorgenommene immixtio in hereditatem, oder durch eine gestio pro herede die Erbschaft nicht angetreten haben zu wollen.

Im ersteren Falle sind nur factische, nicht juristische Zweifel gedenkbar: indem ich die statthafte exceptio vis et metus nicht dahin rechnen kann.

Anders verhält es sich aber mit den letzteren Protestationen zur Abwendung einer lästigen Erbschafts=Uebernahme.

Da dies mit jener praesumptio juris et de jure, und mit dem Grundsatz des Oberappellationsgerichts im Widerspruche zu stehen scheint „daß eine Protestation die gesetzlich feststehenden Folgen einer Handlung nicht verhindern könne;“ so bin ich hier eine versöhnende Ausführung schuldig.

Ich muß dabei von denen Gesetzen ausgehen, worin der Begriff jener immixtio und gestio festgesetzt ist.

§. 7. I. de hered. qualit. et differ. (2 — 19) ait. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis *tanquam heres* utatur, vel ven-

dendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove, et quoquo modo voluntatem suam declarat, vel re, vel verbo de adeunda hereditate: dummodo sciat, eum, cujus in bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse.

L. 20. D. de adquir. vel omitt. hered. (29 - 2). Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Julianus scribit, cum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere, *non esse facti quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres*. Caeterum, si quid pietatis, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio jure dominus, apparet non videri pro herede gessisse. — §. 1. Et ideo solent testari <sup>1)</sup> liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa, aut pro suo: utputa patrem sepelivit vel justa ei fecit, si animo heredis pro herede gessit; enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse: servos hereditarios pavit, jumenta aut pavit aut *distraxit*, si hoc ut heres gessit, pro herede; aut si non ut heres, sed ut custodiat, aut putavit sua, aut dum deliberat quid fecit, consulens ut salvae sint res hereditariae, si forte ei non placuerit pro herede gerere, *apparet non*

<sup>1)</sup> Dies „testari“ ist die von mir betrachtete Profection.

*videri pro herede gessisse.* Proinde et si fundos aut aedes *locavit*, vel fulsit, vel si quid aliud fecit, non hoc animo quasi pro herede gereret, sed, dum ei qui substitus est, vel ab intestato heres extaturus; aut res tempore perituras distraxerit, in ea causa est, ut pro herede non gesserit, *quia non hoc animo fuerit.* §. 2. Si quid tamen quasi heres petit, sed ex his quae ad heredem extraneum non transeunt: videamus an oneribus se immiserit hereditariis. Utpota a liberto parentis operas petit; has heres extraneus petere non potuit, hic tamen petendo consequi potest; et constat pro herede eum non gessisse, cum petitio earum etiam creditoribus competat.

Auß den in diesen Gesetzen beurtheilten Fällen geht klar hervor, daß weder dem heres suus, noch dem extraneus durch die hier von mir betrachtete Bestimmung ein Fallstrick gelegt werden sollte.

Eine factische Erbschafts=Antretung sollte zwar einer ausdrücklich erklärten gleichgeachtet werden; jedoch sollten die zu der ersteren erforderlichen Handlungen so beschaffen seyn, daß dadurch die Absicht, als Erbe handeln zu wollen, vollkommen unzweideutig ausgedrückt werde. Und nicht bloß eine nach ihren äußeren Merkmalen für eine immixtio oder gestio pro herede zu achtende Handlung genüget, sondern es muß auch eine dem Anscheine der Handlung entsprechende Absicht derselben zum Grunde gelegen haben: „pro herede autem gerere *facti et animi* est.“

Da die vorstehenden Gesetze wollen sogar alsdann

erst noch den *animum* erforscht wissen, wenn der *putative Erbe fundos aut aedes locavit, aut res tempore perituras distraxerit*.

Wenn man sich von diesem Sinne der Gesetze nicht entfernt; so wird die in der Praxis so häufig zum Klagfundamente gebraucht werdende *immixtio* oder *gestio pro herede* höchst selten eine Zwangspflicht zur Erbschafts-Üebnahme begründen.

Ein dem Oberappellationsgerichte bereits zu Gesicht gekommener Fall von sehr großer Wichtigkeit hat ein besonderes Interesse für diesen Gegenstand erweckt, und mich veranlaßt, die hierher gehörenden Gesetze zusammenzutragen.

Es starb, nämlich, ein Fürst mit Hinterlassung eines sehr ungünstigen Zustandes seines Allodial-Vermögens. Der Nachfolger in der Regierung bezog die Fürstliche Residenz, und deren Zubehörungen, in welchen nicht nur Gegenstände des Allodial-Nachlasses, sondern auch Pertinenzen des Fürstlichen Stamm-Vermögens, und zwar unseparirt, befindlich waren. Creditoren des verstorbenen Fürsten behaupten, es habe der Nachfolger in der Regierung mehrere jener zum Allodial-Vermögen gehörender Objecte sich angeeignet; und wollen hieraus eine Einmischung <sup>1)</sup> und die Verbindlichkeit zur Uebnahme der Allodial-Schulden herleiten.

Erwägt man aber a, daß es ungewiß ist, ob

<sup>1)</sup> Eigentlich nicht *immixtio in hereditatem*, sondern *gestio pro herede*: denn der Regierungsnachfolger war Bruder des verstorbenen Fürsten und also nicht *heres suus*.

der Regierungs-Nachfolger überzeugt war, daß die in Frage stehenden Sachen gerade zum Allodial-Nachlasse gehörten: b, die behauptete Hinnehmung zur Sicherstellung wegen Deteriorationen des Fürstlichen Stamm-Vermögens sogar rathlich seyn konnte: c, der Nachfolger in der Regierung auch nicht allein, sondern in Gemeinschaft mit mehreren Fürstlichen Personen ab intestato zur Erbschaft berufen war: und endlich d, der höchst ungünstige Zustand des Allodial-Nachlasses nicht etwa zweifelhaft, sondern vollkommen notorisch, und namentlich dem Regierungs-Nachfolger bestens bekannt, mithin dessen Absicht, die Erbschaft übernehmen zu wollen, nicht denkbar war; so scheint jenes Anspruchs-Fundament für durchaus ungenügend gehalten werden zu müssen.

Nachdem ich nun die Erfordernisse der immixtio in hereditatem und der gestio pro herede festgestellt habe; so ist die Untersuchung unschwierig: wann eine Protestation dabei wirksam seyn könne?

Die Erklärung, daß eine Handlung nicht in der Absicht, um dadurch die Erbschaft antreten zu wollen, vorgenommen werde; dies ist die Protestation welche ich meine.

Eine solche Verwahrung bildet aber keine Ausnahme, keine Beschränkung des obigen Grundsatzes <sup>1)</sup>:

---

<sup>1)</sup> Nämlich des vom Oberappellationsgerichte aufgestellten Grundsatzes: daß eine Protestation zur Abwendung der gesetzlich absoluten Folgen einer Handlung (hier der immixtio oder gestio) unwirksam sey.

indem sie nicht eine wirkliche, sondern ein nur scheinbare Einmischung begleitet. Da nun aber die Scheinbarkeit einer Einmischung ohnehin jene Wirkung einer wahren, gesetzlich geeigenschafteten *immixtio* oder *gestio pro herede* ausschließt; so erscheint eine solche Protestation zwar nicht als absolut nothwendig; in jedem Falle, indessen, wo eine Handlung vorgenommen wird, welche nach ihren äußeren Merkmalen für jene *immixtio* oder *gestio* gehalten werden könnte, erscheint nicht nur eine verwahrende Erklärung über den Rechtsgrund oder die Veranlassung der Handlung, sondern auch eine Beurkundung solcher Erklärung, als rathlich und zweckmäßig <sup>1)</sup>: indem, bei einer so geeigenschafteten Handlung, der nachherige Beweis der die *immixtio* ausschließenden anderen Absicht seine großen Schwierigkeiten haben kann: und alsdann die Rettung von den Folgen der Einmischung davon abhängen würde, ob ein als Veranlassung der Handlung angegebener Rechtstitel wirklich gegründet ist: während bei jener ausdrücklichen Erklärung die Wirkung einer Einmischung nicht eintreten könnte, wenn auch der angegebene Rechtsgrund der in Frage stehenden Handlung nicht dargethan würde, oder vollkommen irrthümlich behauptet worden wäre, indem die bloße Abwesenheit der Absicht, als Erbe zu handeln, die zwängliche Erbschafts-Üebnahme ausschließt.

<sup>1)</sup> L. 14. §. 8. D. de religios ect. (11 — 7) kommt eine ähnliche Verwahrung vor.

Jene Beschränkung der, nicht durch eine zeitige Protestation begründeten, Einrede „in anderer Absicht gehandelt zu haben“ <sup>1)</sup> erscheint in dem Falle als durchaus nothwendig, wenn eine in Frage stehende Handlung nur auf eine immixtio oder gestio pro herede hinweist: weil sonst der Neue über eine unbesonnene factische Erbschafts=Antretung freier Spielraum gegeben würde durch eine beliebige Erfindung irgend eines Rechtsgrundes, die gesetzlichen Folgen einer solchen wirklichen Erbschafts=Antretung entweder geradezu zu illudiren, oder von dem Eide des Erben „nicht als Erbe gehandelt zu haben“ abhängig zu machen.

Die Wirksamkeit der hier in Frage stehenden Protestation ist also nicht zu leugnen.

Unwirksam und nuglos würde aber, im Falle einer wirklich in der Erben=Qualität unternommenen Einmischung, die Protestation seyn „dadurch die Erbschafts=Verbindlichkeiten nicht übernommen haben zu wollen:“ denn diese Verbindlichkeit war die gesetzlich unabwendbare Folge einer wahren Einmischung: und durch das beneficium inventarii ist für den Erben Vorsehung genug geschehen.

Wirksam sind demnach nur diejenigen Protestationen, wodurch die gesetzliche Qualität der **Einmischungs=Handlung** entfernt ge=

---

<sup>1)</sup> Die Beschränkung, nämlich, auf den Fall des wirklichen Vorhandenseyns des einer in Frage stehenden Handlung unterlegten Rechtsgrundes.

halten wird: und unwirksam sind sie, wenn sie eine gesetzlich geeigenschaftete, — eine wahre Einmischung begleiten, und sie entkräften sollen, und so habe ich also diese Unwirksamkeit und jene Wirksamkeit der Protestationen mit dem vom Oberappellationsgerichte gegebenen Criterium vereinbaret.

Zum Schluß ist noch die Frage zu beantworten: zu welcher Zeit die Protestation vom Erben vorgenommen werden müsse?

Die Beantwortung ergibt sich aus dem Grundsatz der vorigen Meditation: daß der ganze Zweck und die höchste Wirkung jeder Protestation nur in der Conservation des zur Zeit der Protestation vorhandenen Rechtszustandes bestehen könne.

Wenn eine Handlung so beschaffen ist, daß sie für eine wirkliche Erbschafts-Antretung gehalten werden muß; so tritt die gesetzliche Wirkung dieser Handlung im Momente ihres Vollbringens ein; und diese wirklich schon eingetretene gesetzliche Folge kann also durch eine nachfolgende Protestation nicht wieder aufgehoben, eine unbedingte Handlung nicht zu einer bedingten umgeschaffen, das schon verlorene Wahlrecht des Erben nicht mehr conservirt werden.

Soll demnach eine Protestation Einfluß auf die Handlung haben; so muß sie dieser entweder vorhergehen, oder sie begleiten.

Einer solchen vorhergehenden Protestation muß die Provocation auf das beneficium inventarii, und jede allgemeine Verwahrung des deliberirenden Erben, gleichgeachtet werden.



## Vierte Meditation.

Ob eine besondere Klage auf Zinsen alsdann stattfinde, wenn die Bezahlung der Capital-Schuld vom Gläubiger, mit dem Vorbehalte der Zinsen = Nachforderung, angenommen worden ist? — muß ich für eine wahre Controverse halten: indem das im Oberappellationsgerichte vorgelegte Namens-Verzeichniß der pro und der contra streitenden Schriftsteller zwey Folio-Columnen erfüllt.

Meine Ausführung, wie diese Controverse nach den obigen Grundsätzen von Protestationen vom Oberappellationsgerichte entschieden werden werde, hatte ich schon niedergeschrieben, als eine übereinstimmende Entscheidung wirklich erfolgte; und ich kann daher nunmehr solche Entscheidung den Platz eigener Meditation einnehmen lassen.

Es erfolgte die Entscheidung in der Sache des Amtmanns Eggeling, Klägers, gegen die Herzogliche Cammer, Beklagte, und zwar durch das am 27sten May 1825 publicirte Urtheil, reformatorisch dahin: daß die Klage auf Zinse durch jenen Vorbehalt conserviret werde.

Die Entscheidungs-Gründe des Oberappellationsgerichts sind ohne historische Einleitung verständlich: indem darin nicht bloß ein vorgelegener Fall, sondern die reine Controverse klar entschieden ist. Und zwar folgendermaassen:

„Es ist zu entscheiden: Ob ein Creditor, indem er seine Capital-Forderung annahm,

die Befugniß der Zinsen-Nachforderung durch einen Vorbehalt erhalten könne?"

Wenn gleich nach Römischem Rechte, bei geschehener Annahme eines Capitals, keine besondere Klage auf Zinse stattfand; so ist doch nirgend ein Vorbehalt zur Conservation eines solchen Theils der Contracts-Klage ausgeschlossen, und man müßte also eine solche Verhinderung aus den Gesetzen — denen man doch die Eigenschaft von Prohibitiv-Gesetzen nicht beilegen kann — bloß folgern.

Zu diesem Zwecke argumentirt *Judicium a quo*, und zwar mit dem Beifalle mehrerer Rechtslehrer, folgendermaassen:

„„Da durch die Annahme des Capitals die Hauptklage, und mit dieser die Zinsen-Forderung, erlösche; so könne ein Vorbehalt nicht genügen, ein erloschenes Recht zu erhalten [wiederherzustellen].““

Dieses *Ratiocinium* hat im Vordersage den Mangel: daß darin die mit einem Vorbehalte verbundene, also bedingte Annahme, als eine unbedingte, die Zufriedenheit des Gläubigers beurkundende, Annahme betrachtet wird.

Und diesernach erscheint auch die Conclusion als nicht richtig: indem durch eine solche bedingte Annahme kein erloschenes Recht wiederhergestellt, sondern die Hauptklage zu einem Theile ihres Gegenstandes nur *conservirt* werden sollte.

Diese Wirkung eines solchen, von den Gesetzen nicht verworfenen, Vorbehalts kann aber noch weniger nach Deutschem Rechte bezweifelt werden: wonach jedes erlaubte Rechtsgeschäft eine Klage giebt, und welches also hierin vom Römischen Rechte im Grundsatz abweicht.

Judicium a quo würde die Zinsen-Nachforderung aber alsdann haben stattfinden lassen, wenn die Herzogliche Cammer in den Vorbehalt eingewilligt hätte, und also durch Uebereinkunft die Separat-Klage auf Zinsen begründet worden wäre <sup>1)</sup> u. u. u. <sup>2)</sup>. Eine solche Einwilligung lag aber schon in dem zum Beweise verstellten Vorbehalte. Denn da dieser Vorbehalt spätestens im Zahlungs-Acte <sup>3)</sup> gemacht seyn muß, so folgt aus der demungeachtet geleisteten, oder nicht zurückgeforderten, Zahlung eine stillschweigende Genehmigung der bedingten Annahme der Zahlung.“

Es wird meiner Bemerkung kaum bedürfen: daß diese letztere Erwägung nur einen untergeordneten Ent-

---

<sup>1)</sup> Dies wurde vom Oberappellationsgerichte nicht bloß supponirt, sondern es war in den Entscheidungs-Gründen des Judicii a quo gesagt.

<sup>2)</sup> Ich habe hier einen Theil der Entscheidungs-Gründe des Oberappellationsgericht hinweglassen dürfen, weil er nur für die entschiedene Sache, und nicht allgemeineres wissenschaftliches Interesse hat.

<sup>3)</sup> Ich verweise hier auf den Schluß der vorigen Meditation. — Ein späterer Vorbehalt würde auf eine Wiederherstellung eines bereits erloschenen Klagrechts gerichtet seyn; es kann aber durch einen Vorbehalt (Protestation) ein noch bestehender Rechtszustand nur conservirt werden.

scheidungs = Grund enthält, und die vorhergehende selbstständige Entscheidung der Controverse dadurch keineswegs bedingt ist.

Uebrigens ist die Controverse so deutlich und bestimmt entschieden, daß eine Commentation vollkommen überflüssig wäre.

---

## X.

## De beneficio appellationis, nondum deducta deducendi et nondum probata probandi.

Die hohen Constituenten des Oberappellationsgerichts hatten demselben den Entwurf einer Oberappellationsgerichts-Ordnung aufgetragen; und schon im Jahre 1817 wurde ein solcher an die Regierungen eingereicht. Nachdem der Entwurf allseitig geprüft worden war; erfolgte im Jahre 1824 der Befehl an das Oberappellationsgericht zur nochmaligen Revision des Entwurfs. Diese Verfügung war sehr zweckmäßig, indem dadurch einmal das Oberappellationsgericht Gelegenheit erhielt, seine immittelst gesammelten Erfahrungen zu benutzen, und zum Andern, mancher Wahrheit der Sieg verschafft wurde, welcher früherhin vielleicht dadurch verhindert seyn konnte, daß zuweilen die reinen Disquisitionen unvermerkt in Disputationen, und Eigenthums-Vertheidigungen, übergegangen waren <sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Dies ist die wahrhafte Erklärung, warum der Entwurf durch so viele gegründete Bemerkung heimgesucht werden konnte. Wer aber in dem von mir genannten Mangel einen Vorwurf finden wollte, der hätte nicht erwogen, daß auch sub-

Einer der Erfolge solcher Revision bestand in einer sicheren Begrenzung der Befugniß der Verbesserung der Rechtsvertheidigung durch neue Ausführungen und neue Beweise in der Appellations-Instanz. Die Bemerkung des Oberappellationsgerichts zu diesem Zwecke lautet folgendermaßen:

„Dem Streben der Processualisten nach Sicherheit der Grundsätze ist es endlich gelungen, jene Befugniß folgendermaßen festzubegrenzen. In der Appellations-Instanz ist eine Verbesserung der Rechtsvertheidigung, durch früher noch nicht vorgekommene, thatsächliche Aufklärungen oder Beweise, in so fern zulässig, als

1) „die neuen Thatfachen zu den in der ersten Instanz gebrauchten Klagen- oder Einreden-Fundamenten passen: und mithin das neue factische Vorbringen eine unzulässige Abänderung des Angriffs- oder des Vertheidigungs-Systems nicht zur Folge haben würde, und

2) „den weiteren Beweis-Mitteln der peremptorische Schluß des Beweis-Verfahrens, oder ein sonstiges rechtskräftiges Hinderniß, nicht im Wege steht.

„Diesen geläuterten Begriff jener Appellations-

---

jective Ueberzeugungen pro subjecto die Klarheit mathematischer Anschauungen haben können: und daß, wenn lebendige Ueberzeugungen jener Art — denen der Vernunftzwang mathematischer Demonstrationen nicht zu Gebote steht — gegeneinander auftreten, das Warmwerden der Disceptation gerade den Freund der Wahrheit bezeichnen kann.

„Wohlthat hat auch das Oberappellationsgericht bisher  
 „schon befolgt, und muß also auch dessen ausdrück-  
 „liche Sanction rathlich erachten.

„Weiter konnte das Oberappellationsgericht nach  
 „gemeinem Rechte nicht gehen. Da aber hier de  
 „lege condenda die Rede ist: und die reichsgericht-  
 „lichen Schwierigkeiten und Beengungen namentlich  
 „des Rechtsmittels der Revision, in dem jetzigen Stan-  
 „de der Ausbildung der Proceß-Grundsätze, dem Ge-  
 „setzgeber nicht zu empfehlen seyn möchte, indem allen  
 „statuirten Rechtsmitteln der gleiche und große Zweck  
 „zum Grunde liegt,

„den Sieg des formalen Rechts über  
 „das materiale Recht zu verhindern;  
 „so wird von diesem Zwecke jene Befugniß besserer  
 „Rechtsvertheidigung

„für alle Rechtsmittel  
 „in Anspruch genommen.

„Und endlich würde die ausdrückliche Bestimmung  
 „— wenn sie sich gleich von selbst verstehen möchte —  
 „nicht un Zweckmäßig seyn, nämlich: daß beiden, oder  
 „allen Parteien die genannte Befugniß zustehe.“

„Diesemnach würde der ganze jetzige Inhalt des  
 „des §. 131 des Entwurfs hinwegfallen <sup>1)</sup>.“

---

<sup>1)</sup> Durch solchen §. 131 war das dem materialen Rechte so er-  
 sprießliche, und zugleich Vermeidung neuer Instanzen-Züge  
 bezweckende, beneficium in der That ganz aufgehoben: in-  
 dem es daselbst heißt: „In der Appellations-Instanz können  
 „beide Theile ihr Recht, nach den bereits in den Acten lie-  
 „genden Umständen und Beweisen, besser ausführen, ohne je-

Das Oberappellationsgericht hat also hierdurch seine Meinung nicht nur berathend den Gesetzgebern mitgetheilt, sondern auch zugleich erklärt, die vorgetragene Begrenzung jener Appellations-Wohlthat bereits in seiner Praxis beachtet zu haben.

Und dies ist, unter andern geschehen:

1) in *sententia* de 13. dec. 1821 in *causa* Kerl *ca.* Kerl

2) in *decreto rectorio* de 5 Aug. 1825 in *causa* Gittner *ca.* Gittner;

3) in *sent.* de 30 Aug. 1825 in *causa* Bod *ca.* von Hym;

4) in *causa* Bette *ca.* Maushafe.

Bei dem eigenen Zeugniß des Oberappellationsgerichts über seine Praxis würde es unnütz seyn, ein vollständiges Verzeichniß der vielen entschiedenen Fälle hier aufzunehmen.

Es bedarf meiner Bemerkung nicht einmal: daß die gegebenen Merkmale der Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit neuer Ausführungen und ergänzender Beweise keine Zweifelhaftigkeit übrig lassen; und mithin einer bisher beinahe grenzenlosen Rechtszuständigkeit vollkommen deutliche Grenzen gegeben sind, und der *Rec. Imp. Nov.* §. 73 und 74 mit der *L. 4 C. de temp. appell.* (3 — 63) und mit der *Clement. 5 de appellat.* (2 — 12) vereinbaret ist.

„doch neue Umstände oder neue Beweise beibringen zu dürfen,  
 „wobei ihnen jedoch die Befugniß vorbehalten bleibt, diese im  
 „Wege der Wiedereinsetzung in vorigen Stand nach Maassgabe  
 „desjenigen, welches hierüber in dieser Ordnung bestimmt ist,  
 „vorbringen zu können.“



Aber auch das Lob verdient jene Praxis des Oberappellationsgerichts, daß, mit Ausschluß jedes Mißbrauchs jener mit der Appellation verbundenen Wohthat, sie dem Rechte nur ersprießlich seyn könne.

Denn die in der ersten Instanz durch die Klage, Litiscontestation und Einreden festgestellten Anspruchs- und Vertheidigungs-Fundamente bleiben unverrückt, und der peremptorische Schluß eines Beweis-Verfahrens kann dadurch nicht aufgehoben werden.

Freilich bleibt da, wo vor dem Beweis-Interlocute der Willkühr der Parteien in der Beweis- und Gegenbeweisführung freier Spielraum gegeben ist<sup>1)</sup>, für die hier in Frage stehende Zuständigkeit, selbst bei obiger Begrenzung derselben, ein zu weiter Wirkungskreis übrig: weil im Mangel einer rechtskräftigen Beweis-Festsetzung, und im Mangel eines peremptorisch geschlossenen Beweis-Verfahrens, nach dem vom Oberappellationsgerichte angenommenen Grundsatz, keiner Beweis-Bervollständigung ein Hinderniß entgegen steht. Diese Erwägung gereicht aber nicht zum Tadel des Grundsatzes, sondern allein zum Vorwurfe des Unfugs anticipirter Beweisführungen.

Das Oberappellationsgericht sagt selbst, daß es den auf Sicherstellung der Proceß-Grundsätze gerichteten Forschungen der Processualisten gefolgt sey: und es finden sich die adoptirten Grundsätze unter andern in

Danz ord. Proc. §. 416.

Martin bürg. Proc. §. 281.

<sup>1)</sup> Dieser Proceßunfug ist bei den Fürstl. Waldeckischen Gerichten noch immer zu Hause, und bisher von der Gesetzgebung übersehen.

Grolmann Theor. d. g. R. §. 214.

Gönnert Handb. des g. R. 3 Band. 60 Abh.

Danz und Martin können aber schwerlich von dem Vorwurfe gerettet werden, Eigenheiten der Deutschrechtlichen Restitution wegen neu aufgefundenen Beweismittel<sup>1)</sup> in die hier in Frage stehende Appellations-Wohlthat mit aufgenommen zu haben: und die Forschungen scharfsinniger Rechtslehrer treten ja erst dann ins Leben, wenn sie den Beifall der höchsten Tribunale erlangt haben.

Wenn übrigens meine gegenwärtige Mittheilung der Praxis des Oberappellationsgerichts um deswillen für unnütz geachtet werden wollte, weil sie durch die zu erwartende Oberappellationsgerichts-Ordnung gebilligt oder gemißbilligt werden werde; so muß ich die Besorgniß äußern, daß die Promulgation einer Oberappellationsgerichts-Ordnung noch lange vergeblich erwartet werden könne.

---

<sup>1)</sup> Auch über dies Rechts-Institut werde ich die bereits feststehende Praxis des Oberappellationsgerichts mittheilen.

## XI.

### Begrenzung der exceptio und der querela non numeratae pecuniae.

---

**U**eber die Begrenzung der exceptio und querela non numeratae pecuniae existiren, bekanntlich, mehrere Controversen. Eine der wichtigsten hat unser Oberappellationsgericht durch ein Urtheil vom 23. December 1825 in Sachen Hansen gegen Lübbcke entschieden.

In der gerichtlich protocollarisch aufgenommenen Schuldsurkunde hatte der Schuldner angegeben: zu Befriedigung mehrerer, namentlich verzeichneter, Bedürfnisse habe er in verschiedenen Beträgen überhaupt 1164 Thlr. successive baar ausgezahlt und dargeliehen erhalten; er quittire daher über den richtigen Empfang solcher Summen, und bestelle dafür die genannten Hypotheken. Der ebenfalls gegenwärtig gewesene Gläubiger hatte den Inhalt der Erklärung des Schuldners, und namentlich acceptiret, daß derselbe den Empfang des Geldes anerkannt habe.

Winnen zweien Jahren war nun der Schuldner mit der Behauptung klagend aufgetreten „durch ge-

nauere Nachrechnung habe er gefunden, daß die successive erhaltenen Darleihen nicht 1164 Thlr., sondern nur 714 Thlr. ausmachten, und mithin seine obige Anerkennung in Hinsicht der Summe von 450 Thlr. auf einem Irrthume beruhe: er widerrufe daher in so weit sein Schuldbekentniß: und da innerhalb zweier Jahre durch Schulddocumente der Zahlungsbeweis nicht geführt werden könne; so läge es dem Gläubiger ob, diesen Beweis auf andere Art beizubringen.

Abgesehen von noch mehreren anderen Schugreden des Gläubigers, bezog sich derselbe auf die in der Schuldburkunde enthaltene Anerkennung geschehener Zahlung, als vollkommen beweisend.

Blos in Beziehung auf die Beweisraft gerichtlicher Urkunden urtheilte der Richter erster Instanz zu Gunsten des Gläubigers, behielt jedoch dem Schuldner den Beweis vor: daß er nur 714 Thlr. erhalten habe.

Das Gericht zweiter Instanz hob diese Entscheidung auf, und erkannte, gemäß des Antrags des appellirenden Schuldners, daß der Gläubiger den Beweis geschehener Zahlung beizubringen habe; indem, durch die binnen den gesetzlichen zweien Jahren erfolgte Reclamation, eine Schuldburkunde zum Zahlungsbeweise unbrauchbar werde, wenn darin auch die Zahlung als bereits vor der Ausstellung geschehen vom Schuldner anerkannt worden sey.

Durch die Appellation des Gläubigers kam die

Sache zur Beurtheilung des Oberappellationsgerichts.

Nachdem im Collegium die Gründe mehrerer Rechtsgelehrten <sup>1)</sup> für und wider die vom Gerichte zweiter Instanz ausgesprochene Meinung vorgetragen worden waren; wurde folgende selbständige Begutachtung einstimmig genehmigt.

Vom Römischen Rechte wird derjenige als in einem Nothstande sich befindend betrachtet, welcher in der Lage ist, Geldanleihen <sup>2)</sup> suchen zu müssen. Um den Mißbrauch einer solchen Lage zu verhüten, ist daher auf mancherlei Weise Vorsorge getroffen. Dahin gehört: die Verpönung des Zinswuchers, ferner die Beschränkung der Rückzahlungs-Verbindlichkeit auf die wirklich empfangene Summe, wenn auch eine höhere Summe verbrieft war, und endlich, als verwandt damit, die hier in Frage stehende querela und exceptio non numeratae pecuniae.

<sup>1)</sup> Es waren dies folgende: *Donellus* Comm. in Cod. tit. de n. n. p. ad. LL. 5. 13. 14. — *Lauterbach* Colleg. theor. pract. Pand. Tit. de reb. cred. §. 74. — *Cocceji* jus civ. controuv. tit. de reb. cred. Qu. 22. — *Meurer* Jurist. Abh. 2ter Aufg. — *Höpfner* Instit. Comment. §. 851. — *Glück* Erläut. der Pand. Th. XII. §. 786 — 788. — *Pfeifers* Vermischte Aufsätze Nr. 3. — *Thibaut* Syst. d. P. R. §. 1180. — *Hansen* über die exceptio non numeratae pecuniae im Archive für civilist. Praxis, 4 B. Nr. IX. — Und vorzüglich *Unterholzner's* Abh. über die exceptio non numeratae pecuniae in demselben Archive 7 B. Nr. I.

<sup>2)</sup> Ich bitte, es zu übersehen, daß ich hier und in der Folge immer nur von Geld, Gelddarlehen und Zahlung geredet habe, ungeachtet alle andern res fungibiles hierher gehören.

Man stellte sich bei dem Darleihe-Geschäft den Gläubiger, mit Recht, als den potentior vor, der den Anleihenden in der Gewalt habe, und daß Letzterer, um seinen Zweck zu erreichen, in manchen Fällen sich wohl dazu verstehen müsse, die Schuldburkunde eher auszustellen, als er die darin genannte Summe wirklich empfangen habe, weil dem Darleiher noch weniger zugemuthet werden könne, in Hoffnung der Ausstellung einer gehörig geeigenschafteten Verbriefung sein Geld aus den Händen zu geben.

In dieser gefährlichen Lage des Anleihe-Suchenden nahm der Gesetzgeber denselben durch die Berordnung in Schutz: daß, wenn die Behauptung non numeratae pecuniae binnen zweien Jahren <sup>1)</sup>, sey es agendo oder excipiendo, vorgebracht würde, der Gläubiger, des Schulddocuments ungeachtet, den Zahlungsbeweis führen müsse.

Gegen die Regel, daß das Fundament der Klage oder Einrede <sup>2)</sup> bewiesen werden müsse, ist also der querela und exceptio non numeratae pecuniae ein privilegium beigelegt <sup>3)</sup>; offenbar aber nur auf den

<sup>1)</sup> Nach dem älteren Rechte sogar binnen fünf Jahren, L. 14. C. de non numerata pecunia (4 — 30).

<sup>2)</sup> Hier in der Behauptung bestehend: daß eine verbrieftete Summe nicht ausgezahlt sey.

<sup>3)</sup> Und zwar ein übermäßiges Privilegium: indem durch die zweijährige Dauer desselben eine grobe Fahrlässigkeit des Ausstellers einer Schuldburkunde begünstigt und in Schutz genommen ist.

Fall, auf den gewöhnlichen Fall, des in Hoffnung erfolgender Zahlung ausgestellten Schuldocuments. Diese beschränkende Erklärung dieses privilegii würde schon durch die rechtliche Natur jedes privilegii, und durch die Erwägung gerechtfertigt werden, daß kein Gesetz im Widerspruche mit seiner ratio angewandt werden dürfe.

Man bedarf indessen keiner solchen Begrenzung jenes Privilegiums durch Interpretation: denn der Gesetzgeber hat solche Beschränkung selbst mit Bestimmtheit ausgesprochen.

Hierher gehören folgende Stellen des tit. C. de non numerata pecunia (4 — 30).

L. 5. „Adversus petitiones adversarii si quid „juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non „debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi „locum habere, ubi *quasi* credita pecunia peti- „tur. Cum autem ex praecedente causa debiti „in chirographum quantitas redigitur, non re- „quiritur, an tunc cum cavebatur numerata sit, „sed an justa causa debiti praecesserit.“

L. 13. „Generaliter sancimus: ut si quid „scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis „*ex antecedente causa descendantibus, eamque „causam specialiter promissor edixerit, non jam „ei licentia sit, causae probationem stipulato- „rem exigere, cum suis confessionibus acquies- „cere debeat*: nisi certe ipse e contrario per „aperlissima rerum argumenta scriptis inserta, „religionem judicis possit in truere, quod in alium

„quemquam modum, et non in eum quem cautio  
 „(das Schulddocument) perhibet, negotium subse-  
 „cutum sit.

„*Nimis enim indignum esse judicamus, quod*  
 „*sua quisque voce dilucide protestatus est, id in*  
 „*eundem casum infirmare, testimonioque proprio*  
 „*resistere.*“

Hiermit trifft auch zusammen das Pandecten-  
 Fragment L. 25 §. 4 de probat (22 — 3): „Sed haec  
 „ubi de solutione indebiti quaestio est: Sin au-  
 „tem cautio indebite exposita esse dicatur, et  
 „*indiscrete* loquitur, tunc eum, in quem cautio  
 „exposita est, compelli debitum esse ostendere,  
 „quod in cautionem deduxit: *nisi ipse specialiter,*  
 „*qui cautionem exposuit, causas explanavit,*  
 „*pro quibus eandem conscripsit: Tunc enim stare*  
 „*eum oportet suae confessioni, nisi evidentissi-*  
 „*mis probationibus in scriptis habitis ostendere*  
 „*paratus sit, sese haec indebite promisisse.*“

Erstens ist es klar, daß in obiger L. 5 die  
 Worte „*pecunia quasi credita*“ als Gegensatz der  
 causa *praecedens* debiti gebraucht sind, und also  
 den Fall bezeichnen, wo eine Darleihe beurkundet ward,  
 als hätte sie der Schuldner schon empfangen, unge-  
 achtet dies noch nicht geschehen war — quasi cre-  
 dita (jam fuisset) pecunia.

In dem nämlichen Sinne, jedoch noch deutlicher,  
 ist dieses „*quasi*“ L. 7 cod. tit. gebraucht, wenn  
 es daselbst heißt:

„*Si quasi accepturi mutuam pecuniam ad-*



„*versario cavistis, quae numerata non est, per*  
 „*condictionem obligationem repetere: et si actor*  
 „*non petat, vel exceptione non numeratae pecu-*  
 „*niae adversus agentem uti potestis.*“

Die in diesem Gesetze genannte Zurückforderung einer ausgestellten Schuldurkunde (*condictio obligationis*) und das *privilegium* der eigentlichen *exceptio non numeratae pecuniae* ist also ausdrücklich nur demjenigen gegeben, welcher, um eine Darleihe zu erhalten, und in der Voraussetzung, daß ihm das Geld gezahlt werden würde, ein Schulddocument ausstellte. Und eben so ausdrücklich ist jenes *privilegium* alsdann für unstatthaft erklärt, wenn einer Schuldurkunde (in obigen Gesetzstellen bald *chirographum*, bald *cautio*, bald *obligatio* genannt) *causa praecedens* zum Grunde lag. Wenn diese Worte „*causa praecedens*“ nicht an und für sich deutlich genug wären, so erhielten sie dadurch, daß sie als Gegensatz der *pecunia quasi credita* gebraucht sind, vollkommene Bestimmtheit und Unzweideutigkeit: indem sie in diesem Gegensatze nur den Fall bezeichnen können, wo der Schuldgrund — sey es durch geschehene baare Zahlung, oder aus anderen Rechtstiteln — schon vor der Ausstellung der Schuldurkunde vorhanden war, und also ein schon vollzogenes Rechtsgeschäft nur in *scriptis* celebrirt wurde.

Bedürfte diese Commentation der obigen Gesetzstellen noch einer Unterstützung; so würde die Bemerkung von Wichtigkeit seyn: daß die Behauptung der unbeschränkteren Statthaftigkeit der so begünstigten

querela und exceptio non numeratae pecuniae <sup>1)</sup> die Gesetze in folgenden Widerspruch mit sich selbst bringe. Es hat, nämlich, gegen eine bloße Bescheinigung, daß eine Zahlung geleistet sey, die querela und exceptio non numeratae pecuniae das in Frage stehende privilegium nur innerhalb dreißig Tagen: und es ist bemerkenswerth, daß auch diese Verordnung unmittelbar auf jene L. 13 C. de non numerata pecunia folgt. Denn L. 14 §. 2. eod. tit. — wo von securitatibus solutionem factam esse demonstrantibus, sive apochantibus, also von der apocha die Rede ist — heißt es: „intra triginta „tantummodo dies, post hujusmodi securitatis „expositionem connumerandos, exceptionem non „numeratae pecuniae posse objici: ut, si hi trans- „acti fuerint, eadem securitas a judicantibus omnibus modis admittatur: nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum „30 dierum, non esse sibi solutas pecunias vel „alias res dicere.“

Da nun die bloße Quittung schon nach Ablauf von 30 Tagen zum Zahlungsbeweise genügt; so ließe es sich mit der gesunden Vernunft nicht reimen, einer, in einer Schuldurkunde enthaltenen Quittung erst nach zweien Jahren jene Beweiskraft beizulegen, weil sie in einer Schuldurkunde enthalten sey! Wenn ein Debitor im Schuldscheine anerkennt, und quitti-

---

<sup>1)</sup> Conf. die Entscheidung des Richters zweiter Instanz in dem obengenannten Proceß.

rend bescheinigt: die verbriefte Summe, etwa im Acte der Ausstellung des Schulddocuments, oder schon vorher, baar oder durch einen ausdrücklich genannten Geldeswerth, empfangen zu haben; so soll ein solches Anerkenntniß erst nach zweien Jahren Beweiskraft haben; schon nach dreißig Tagen soll ein solches Anerkenntniß aber alsdann beweisen, wenn es, separirt vom Schulddocumente, in einer bloßen Quittung enthalten ist!

Solche — und noch dazu bloß den dolus der Schuldner begünstigende — Widersprüche dürfte man in die Gesetze nicht hineindemonstriren, wenn sie sich auch minder deutlich ausgesprochen, und ein Mehreres erfordert hätten: *quam ut promissor caussam antecedentem chirographi specialiter edixerit* — wie sich cit. L. 13 C. de non numerata pecunia ausdrückt oder: — *ut qui cautionem exposuit, causas specialiter explanavit, pro quibus eandem conscripsit* — wie es im allegirten Pandecten-Fragmente heißt.

Bei so gefundener gesetzlicher Bestimmung hat nun deren Anwendung auf den zu entscheidenden Fall keine Schwierigkeit: indem der vorhergegangene Grund der Ausstellung der Schuldburkunde darin mit Bestimmtheit ausgedrückt: der vorhergegangene Empfang der verbrieften Summe quittirend anerkannt, und dieses Anerkenntniß in vim probationis vom Gläubiger acceptiret ist: *re vera* also aus dieser Urkunde hervorgehet, daß der Schuldnerus schon vorher bestanden habe, und dessen Verbriefung, und

die Hypothek-Bestellung, nur hinzugekommen sind.

Es kann daher hier von der vom Gläubiger durch Beweis zu entfernenden querela non numeratae pecuniae die Rede nicht seyn, sondern es muß der klagende Schuldner zur Begründung seiner Diffession der Summe von 450 Thlr. seine Behauptung beweisen: daß quoad hanc summam sein Anerkenntniß auf einem Irrthume beruhe.

Da dieser Beweis in dem Urtheile des Gerichts erster Instanz, wenigstens virtualiter, vorgeschrieben war; so wurde vom Oberappellationsgerichte solches Urtheil wiederhergestellt; jedoch mit ausdrücklicher Mißbilligung des, aus der Beweiskraft gerichtlicher Urkunden hergenommenen, unterrichterlichen Entscheidungsgrundes: indem, im Mangel einer causa praecedens debiti, die gerichtliche Qualität eines Schuld documents über eine nachherige Zahlung eben so wenig Gewißheit geben könne, als ein gemeines Chirographum.

Uebrigens ist der wesentliche Inhalt der vorstehenden Begutachtung in die Entscheidung des Oberappellationsgerichts vollständig aufgenommen.

Um einer Mißdeutung vorzubeugen, wird die Untersuchung hier am rechten Orte seyn: welche theses vom Oberappellationsgerichte durch diese Entscheidung ausgesprochen worden seyen?

Jede über ein Darlehn ausgestellte Urkunde muß es besagen, daß der verbriefte Gegenstand dem Schuldner übergeben worden sey: denn wenn sie dies nicht

befagte, so würde sie zwar ein pactum de mutuo dando, nicht aber einen zur Vollständigkeit gelangten contractum realem mutui beurkunden, und also kein wahres Schulddocument seyn.

Hierin lag gerade die Aufforderung für den Gesetzgeber, die Beweiskraft solcher Schuldturkunden durch das hier in Frage stehende Privilegium zu beschränken. Es konnte daher die Meinung des Oberappellationsgerichts nicht seyn: dies Privilegium schon alsdann nicht stattfinden zu lassen, wenn in der Schuldturkunde von einer schon empfangenen Summe die Rede sey.

Denn diesen Inhalt muß jede Schuldturkunde haben; das Gesetz hat ihr aber dennoch innerhalb zweier Jahre die Beweiskraft in diesem Puncte genommen, und dadurch die Rechtsvermuthung statuiert: daß die Uebergabe des verbrieften Gegenstandes erst nach der Ausstellung der Schuldturkunde habe geschehen sollen.

Gemäß der gegebenen Commentation der Gesetze will das Oberappellationsgericht das privilegium querelae et exceptionis non numeratae pecuniae nur dann verwerfen, wenn das Schulddocument, außer jener gewöhnlichen Fassung, noch besondere Merkmale enthalte, daß der Gläubiger schon vor deren Ausstellung dem Schuldner praestanda prästirt gehabt habe.

In dem oben eingerückten Pandecten-Fragmente ist jene gewöhnliche und unvermeidliche Empfangs-Anerkennung durch die Worte „si cautio *indiscrete*

„loquitur“ ausgedrückt, und zwar als Gegensatz von dem Falle „si, qui cautionem exposuit, causas „specialiter explanavit pro quibus eandem con- „scripsit.“

Der besonderen Merkmale: daß ein Schulddocument nicht spe futurae solutionis ausgestellt sey, sind sehr viele denkbar; sie lassen sich aber, wie es mir scheint, unter folgende Capitel ordnen:

1) Entweder ist aus dem Chirographum zu ersehen, daß ein schon früher bestandener contractus mutui <sup>1)</sup> nur nachträglich habe beurkundet werden sollen.

(Dies war in der entschiedenen Sache der Fall. Der Debitor hatte anerkannt, die verbrieftte Summe durch mehrere Darlehen successive empfangen, und bereits, auf die angegebene Art, verwendet zu haben. Eben so klar würde dieser Fall vorhanden seyn: wenn über dasjenige Korn eine Urkunde ausgestellt würde, „welches dem Schuldner zur vorjährigen „Besaamung seiner Aecker dargeliehen worden „sey.)“

Oder 2) das Schulddocument besagt es, daß ein anderer Schuldneruß in den Darlehns-Contract verwandelt worden sey.

<sup>1)</sup> Ich betrachte hier immer nur diesen contractum mutui, bei die weitere Controverse — ob die privilegierte exceptio und querela non numeratae pecuniae auch auf andere Real-Contracte anzuwenden sey? — in der Entscheidung des Ober-appellationsgerichts nicht berührt worden ist, und nicht berührt werden konnte.

(Wenn z. B. der Debitor diejenige Summe als dargeliehen anerkannte, welche er dem Creditor aus einem Pachtcontracte als locarium schuldig geworden sey.)

Oder 3) wenn, außer der in jeder Darlehns-Urkunde unvermeidlichen Angabe erhaltener Zahlung oder Ablieferung, noch ein besonderes desfallsiges quittirendes Auerkenntniß der bereits vor der Ausstellung geschehenen Zahlung oder Lieferung ausgedrückt ist.

Denn dann wäre der Empfang nicht bloß — wie das Gesetz sagt — *indiscrete* beurkundet: der Schuldner hätte ein Mehreres gethan, als unvermeidlich war: und wenn man gegen eine so geeigenschaftete Beurkundung dennoch die privilegierte Ausflucht *non numeratae pecuniae* gestatten wollte; so würde man die Ausflucht, absichtlos und unwahrhaft **quittiret** zu haben, und also eine wahre Täuschung des Gläubigers billigen, ungeachtet sich das Gesetz mit Indignation dagegen ausgesprochen hat, in den Worten „*Nimis enim indignum esse judicamus, quod „sua quisque voce dilucide protestatus est, id „in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.*“

(Auch dieses Entscheidungs-Fundament war in dem genannten Proceß vorhanden.)

Uebrigens kann ich keinen Abmahnungs-Grund finden, auch

4) den Fall hierher zu rechnen: wenn der Ausflucht *non numeratae pecuniae* in der Urkunde ausdrücklich entsagt ist. Denn da durch eine solche Ent-

sagung nicht ein verbotendes Gesetz entkräftet werden soll, sondern auf eine bloße gesetzliche Befugniß verzichtet wird; so läßt sich deren Wirksamkeit gegen jeden Einwurf aufrecht erhalten.

Alle diese Beschränkungen des in Frage stehenden Privilegiums scheinen mir, in vollkommener Uebereinstimmung mit den Gesetzen, vom Oberappellationsgerichte theils ausgesprochen zu seyn, theils im Geiste der Entscheidung zu liegen: und ich setze darauf, außer dem Aufhören einer Rechts-Ungewißheit, noch den besonderen Werth, daß dadurch Treue und Glauben in Schuß genommen, und der Mißbrauch einer bloß zur Abwendung betrüglicher Beschädigung gegebenen Befugniß erschweret wird.



## XII.

## De exceptione plurium concumbentium.

Vor der Errichtung des hiesigen gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts hatte das Herzogthum Braunschweig eine, sogenannte, Appellations-Commission zum provisorischen Höchsten Difasterium. Da die letzten vier effectiven Mitglieder dieser Behörde ins Oberappellationsgericht eintraten, und seitens der Fürstenthümer nur zwei Rätke hinzukamen; so blieben die Präjudicien jener Appellations-Commission von Wichtigkeit, und konnten — auch abgesehen von derjenigen Berücksichtigung, welche sie als Aussprüche eines Höchsten Gerichts verdienten — durch die Stimmenmehrheit der Braunschweigischen Mitglieder im Oberappellationsgerichte aufrecht erhalten werden.

Daher war für meinen gewesenen Collegen — den jetzigen Herrn Cammerdirector von Bülow II. — genügende Veranlassung vorhanden, auch Präjudicien der genannten Appellations-Commission unter Entscheidungen des Oberappellationsgerichts aufzuführen. Dahin gehören zwey Urtheile:

wodurch die Rechtsvermuthung der Paternität aus der binnen des gesetzlichen Zeitraums

erfolgten Geburt auch bei außerehelichen Schwängerungen angewandt, und zugleich die Einrede „*plurium concubentium*“ verworfen worden ist <sup>1)</sup>).

Herr von Bülow mochte, in Beziehung auf seine Gewährsmänner <sup>2)</sup>), wohl berechtigt seyn, die ausgesprochene Meinung als die beliebteste zu betrachten; und so wollte derselbe nur documentiren, daß eine gekrönte Theorie vom genannten Gerichte angenommen sey.

Da nun, bei obiger nahen Verwandtschaft der vorhinnigen Braunschweigischen Appellations-Commission und des Oberappellationsgerichts, die Beibehaltung jener Meinung zu erwarten steht: jede Beilegung einer Controverse aber ein Gewinn für das Recht ist: und hierin gerade der Antrieb liegt, die gegenwärtige Entscheidungs-Sammlung zu unternehmen: so muß ich mich rechtfertigen, wenn ich gegen obige Theorie und Praxis, und also scheinbar im Widerspruche mit meinem Zwecke, hier auftrete.

In der Vorrede habe ich einen mich leitenden Grundsatz dahin ausgesprochen: keine Entscheidung anfechten zu wollen, wodurch eine Controverse über

<sup>1)</sup> Vid. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Nr. VII.

<sup>2)</sup> von Quistorp Grundf. des civil. R. §. 482. — G. F. Meißner pract. Bemerkungen 1. Nr. 15. — v. Bülow und Hagemann pract.örterter. II. 59. — Geiger und Gießel Rechtsf. II. 24.

einen rein positiven Satz beigelegt werde; jedoch der Entscheidung einer Controverse alsdann nicht zu hulbigen, wenn dadurch entweder in ein anderes Rechtsinstitut störend eingegriffen, oder Moralität dadurch benachtheiligt werde.

Dieser letztere Grund, meine abweichende Uezeugung reden zu lassen, ist hier vorhanden: indem durch die Verwerfung der Einrede, daß die Geschwächte sich Mehreren hingegeben habe, unzüchtige Weibspersonen in den Stand gesetzt werden, mit ihren Lüsten zu mercantilisiren, — ja eine wahre Einladung für sie darin liegt, recht Vielen sich hinzugeben, recht Viele zu verführen, um ihrem **Wahlrecht** <sup>1)</sup>, welchem von ihren Beischläfern sie die Paternität und die damit verbundene Alimentations-Pflicht aufhalsen wolle, einen großen Spielraum zu geben: recht Viele zum Freikaufe nöthigen, und einen Kargen, oder einen reichen Simpel zum Vater ihrer Leibesfrucht bestimmen — (Sic!) — zu können. Denn wenn, vom Tage des Beischlafs an gerechnet, der spurius nicht früher als am 182sten Tage, und nicht später als am 300sten Tage geboren wurde <sup>2)</sup>: so ist für jenen willkürlich gewähl-

---

<sup>1)</sup> **Wahlrecht**?? Allerdings! und zwar der allein richtige Ausdruck!

<sup>2)</sup> L. 3. §. 11 et 12 D. de suis et legit. (38 — 16) ait: Post decem menses natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.

ten Vater durch die Verwerfung der *exceptio plurium concumbentium* jede Rettung von einem oft bösslichen, ja infamen Ansprüche unmöglich gemacht; der Denuntiat muß die Vaterschaft übernehmen, und wenn auch eine gesunde Mutter einen normalmäßigen partum zur Welt brächte, bei dem es klar wäre, daß hier keines von den Kunststücken vorhanden sey, welche die Römer in *favorem legitimitatis* der Natur zugemuthet haben.

Wenn ein so sonderbarer Rechtszustand entweder auf einer ausdrücklichen Sanction, oder auch nur auf einer richtigen Analogie der Gesetze beruhete; so würde der Richter seinen Widerwillen dem schuldigen Gehorsam gegen das positive Recht nachsehen, und dem Gesetzgeber die Verantwortung überlassen müssen.

Auch ich bin nicht gemeinet, jenes sonderbare Recht bloß um deswillen anzugreifen, weil es mir als unpolitisch und als Immoralität befördernd erscheint; sondern ich lehne mich dagegen auf, weil es ihm auch an aller positiven Stütze gebricht.

Um den armen Geschöpfen, welche einem gesetzwidrigen concubitus ihre Entstehung zu verdanken haben, wo möglich Väter und Ernährer zu verschaffen, hat man das oben genannte Privilegium <sup>1)</sup> auch den spuriiis zugewandt.

Wenn ich gleich die Gründe derer Rechtsleh-

---

<sup>1)</sup> Nämlich: nur 182 Tage, oder sogar 300 Tage, im Mutterleibe verweilen zu dürfen.

rer, welche dies bestritten, und den Grund jener gesetzlichen Bestimmung in dem favor legitimatis gefunden haben <sup>1)</sup>, für sehr überwiegend halte; so könnte ich doch dafür nur Gründe auffrischen, welche es nicht haben verhindern können, daß die entgegengesetzte Meinung den Sieg davon getragen hat; und es ist nicht zu verkennen, es war ein Sieg des christlichen Mitleids mit gesetzwidrigen Erzeugnissen, gegen strenge Auslegung des fremden Rechts.

Ich gehe demnach selbst davon aus: daß eine Rechtsvermuthung der Paternität aus der innerhalb jenes gesetzlichen Zeitraums erfolgten Geburt auch zu Gunsten eines illegitimen partus anzunehmen sey <sup>2)</sup>. Wenn also der Geburtstag nicht über 300 Tage, und nicht weniger als 182 von einer Bewohnung entfernt liegt; so ist eine gesetzliche Vermuthung für die Paternität vorhanden, — oder es ist die exceptio temporis non congrui nativitatis in diesem Maße beschränkt.

Dies und nichts weiter folgt aber aus jener gesetzlichen Bestimmung.

Zur Verwerfung der Einrede plurium concubentium hat man daher folgende weitere Argumentation aufgestellt:

Die Klage auf Alimentation eines unehelichen

---

<sup>1)</sup> *Behrmann de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. Goettingae 1784.* — *Kipping de partu dubio, quem vidua intra annum luctus enixa est.* — *Leyser Med. SP. XV. m. 1.* —

<sup>2)</sup> *Wiewohl ich vom Gegentheil überzeugt bin.*

Kindes sey in einer *praesumptio juris* pro paternitate gegründet. Eine solche *praesumptio* könne nur durch *probationem contrarii* entkräftet werden. Wenn nun die Mutter des unehelichen Kindes, in dem gemäß gesetzlicher Vermutung zu berechnenden Zeitraume der Conception, mit Mehreren concumbiret habe; so werde dadurch die Paternität nur ungewiß; eine solche bloße Ungewißheit könne aber jene Rechtsvermutung nicht entfernen, indem *probatio contrarii* nicht darin bestehe, daß ein Anderer möglicher Weise der Vater seyn könne, sondern daß ein Anderer der Vater wirklich sey. Demnach könne durch die *exceptio plurium concumbentium* jenes Rechtsfundament der Klage nicht elidiret werden; es sey die Einrede irrelevant.

Außerdem würde auch diese Einrede durch folgende Replikentfernt: — Einmal — daß die Ungewißheit der Vaterschaft durch die eigene Handlung — und zwar durch die unerlaubte Handlung, ja durch ein Delict — desjenigen bewirkt sey, welcher aus solcher Ungewißheit eine Einrede hernehmen wolle, und — zum Andern — *socii delicti* in *solidum* hafteten, und einem solchen *socio* keines der Anspruchs-Fundamente gegen den *socium delicti* zustehe, welche bei erlaubten Societäten und Correal-Verbindlichkeiten vorhanden seyen.

Dies sind vollständig die zur Verwerfung der in Frage stehenden Einrede gebrauchten Gründe; und doch befindet sich keiner darunter, welcher auch nur bezwecken könnte, ein Wahlrecht der Geschwängerten unter ihren mehreren Beischläfern zu vertheidigen.

Da die Natur dem Weibe es versagt hat, den unerforschlichen Act der Conception mit irgend einer Sicherheit wahrzunehmen; so fehlt es sogar an der Fähigkeit des Weibes, anzugeben, welcher von mehreren Beischläfern sie imprägniret habe.

Über auch selbst mit den Rechten des Kindes, um dessen favor es doch hier allein gilt, ist es nicht verträglich, der Mutter die Wahl des Vaters zu überlassen: denn sie kann zum Nachtheile des Kindes wählen, sey es aus Unverstand, oder weil sie sich, wider das Interesse ihres Kindes, Verschwiegenheit hatte bezahlen lassen &c.

Wenn nun also dieses famose Wahlrecht auf keine Weise gerechtfertigt werden kann; so folgt unmittelbar: daß eine Geschwächte ihre mehreren Beischläfer — aus jenem gesetzlichen Zeitraume — getreulich angeben, und es diesen überlassen müßte, den Paternitätspunct unter sich auszumachen <sup>1)</sup>).

---

<sup>1)</sup> Wenn ich auch gern geneigt bin, zu glauben, daß keiner meiner Herren Leser aus eigenem Interesse einer solchen Meinung abhold seyn dürfte; so hat sie doch in politischer Hinsicht so viel gegen sich, daß ich erwarten darf, man werde ein

Schon hieraus würde im Allgemeinen die Statthaftigkeit der *exceptio plurium concumbentium* folgen: weil sie auf Ergänzung des von der Geschwächten unbefugt unvollständig angegebenen Thatbestandes gerichtet wäre.

Mögen nun aber die *plures concumbentes* in Folge freiwilliger Angabe der Mutter des unehelichen Kindes, oder durch jene *Exception* dargethan worden seyn; so entsteht die Frage:

wie soll nun der Vater unter den Mehreren ersündigt werden? Oder soll der Richter gar das Scandal einer Gesamt-Vaterschaft aussprechen?

In dieser scheinbaren Verlegenheit giebt die hier folgende Erwägung eine vollkommen rechtliche Auskunft, welche, so nahe sie auch liegt, bisher übersehen zu seyn scheint.

Jede Abweichung von den Gesetzen der Natur muß als Ausnahme von der Regel betrachtet werden: und die mindere Abweichung von dem ordentlichen Gange der Natur ist stär-

solches Resultat meiner Ausführung gern befeinden; und deshalb muß ich bitten: bis zur Vollendung der Deduction der Statthaftigkeit der *exceptio plurium concumbentium* das Gefühl zu beruhigen, indem durch diese Einrede, in dem Maße und in der Beschränkung wie ich sie vortheilhafte werke, jene skandalösen vollständigen Aufdeckungen und Bekenntnisse nicht nöthig werden.



fer zu vermuten, als die beträchtliche Abweichung.

Diese Sätze, welche in ihrer Allgemeinheit und in ihrer Anwendung auf die Ordnung der Natur in der Dauer des Aufenthalts des Menschen im Mutterleibe gleich unwidersprechlich sind, bilden das Fundament meiner Ausführung.

Die Römer haben, indem sie den 182tägigen und den 300tägigen partum statuiren, nicht die Regel der Natur verworfen, sondern nur die Abweichungen von dieser Regel für die Fälle begrenzt, wo es an einem tempus legis naturae congruum natiuitatis fehlte. Die Römischen Gesetze kommen für solche Fälle mit einer Fiction zu Hülfe, um eine juristische Gewißheit der Paternität möglich zu machen.

Wenn ein partus in Hinsicht dreier concubitus respective als neunmonatig, achtmonatig und siebenmonatig erschiene; so würde man das so consequente Römische Recht einer baaren Ungereimtheit bezichten, wenn man behaupten wollte: es sey eben so geneigt, dem letzten als dem ersten concubitus die Erzeugung des Kindes zuzuschreiben: oder als habe dasselbe in einem solchem Falle die freie Wahl gestatten wollen.

Unter mehreren Concumbenten muß also derjenige für den Vater gehalten werden, dessen Beibehaltungszeit mit dem Geburtstage des Kindes am naturgemäßeften zutrifft; und hierdurch ist also die exceptio plurium concumben-

tium in den Fällen gerechtfertigt, wo sie die Behauptung zum Gegenstande hat:

daß eine genannte dritte Person mit der Mutter des unehelichen Kindes zu einer Zeit concumbiret habe, welche mit der Geburt des Kindes naturgemäßer zusammen-  
treffe.

Die so geeigenschaftete Einrede wird ihre noch vollständigere Rechtfertigung in der Ausführung finden: daß keiner der gegen die *exceptio plurium concumbentium* im Allgemeinen aufgeführten Gründe gegen jene Einrede angewandt werden könne.

Der erste und hauptsächlichste dieser Gründe besteht wesentlich in Folgendem:

wer die Rechts-Vermutung der Paternität gegen sich habe, der könne sich nur durch *probationem contrarii*, i. e. durch den Beweis, daß ein Anderer wirklich der Vater sey, nicht aber durch eine Einrede schützen, welche darin bestehe, daß ein Anderer der Vater seyn könne, mithin bloß bezwecke, die Paternität ungewiß zu machen.

Dies *Ratiocinium* paßt auf den Fall, wo die Einrede nur in der Angabe besteht:

daß die Mutter auch noch mit einem oder mehreren Andern concumbirt habe.

Es paßt aber das *Ratiocinium* nicht in dem von mir angenommenen Falle, wo es darum gilt, die *praesumptionem juris pro paternitate* zu entfernen, — durch den Beweis zu entfernen, daß gegen einen

Andern praesumptio juris *potior* vorhanden sey.

Die dieß bezweckende Behauptung würde eine exceptio doli genannt werden können, indem sie in dem Vorwurfe besteht:

die Mutter habe einen concubitus verschwiegen, der mit der Zeit der Geburt ihres Kindes zutreffender sey <sup>1)</sup>.

Der zweite Grund gegen die exceptio plurium concumbentium lautete:

da die Ungewißheit der Vaterschaft gerade durch den concubitus Mehrerer bewirkt sey: und aus einem eigenen Delict keine Einrede zu begründen stehe; so könne keiner der Concumbenten aus jener Ungewißheit eine Einrede hernehmen:

Dies Ratiocinium steht eben so wenig der von mir vertheidigten Einrede entgegen: indem sie nicht auf die Ungewißheit der Paternität gestützt ist, sondern zum Gegenstande hat, daß ein Anderer *ex potiori praesumptione* der Vater sey.

Uebrigens hat der eben berührte zweite Grund gegen die exceptio plurium concumbentium den Rechtsatz zum Stützpunkte, welcher als dritter Grund besonders und folgendermaassen aufgeführt ist <sup>2)</sup>:

<sup>1)</sup> Die von mir vertheidigte Einrede ist nur gegen einen zutreffenderen concubitus gerichtet, nicht aber im Allgemeinen gegen alle Concumbenten eines leichtfertigen Weibes: und deshalb wird durch diese Einrede keine scandalöse allgemeine Erfündigung nöthig gemacht.

<sup>2)</sup> Die Ausführung der beschränkten Anwendbarkeit des drit-

socii delicti haften in solidum, und einem solchen socio stehe keines der Anspruchs-Fundamente contra socium zu, welche bei erlaubten Societäten und Correal-Verbindlichkeiten vorhanden seyn.

Dieser Grund ist sogar für die allgemeine Verwerfung der in Frage stehenden Einrede ganz unbrauchbar: indem daraus, daß Mehrere zu einer Weibsperson sich gehalten haben, noch nicht folgt, daß unter diesen Mehreren eine verbrecherische Gemeinschaft bestanden habe, — daß sie socii delicti gewesen seyen: ja jedem Einzelnen derselben das gleiche Delict aller Uebrigen unbekannt gewesen seyn konnte: jeder Einzelne bloß ein gleiches Delict für sich allein beging <sup>1)</sup>).

Im dem Falle aber, wo Mehrere in einer — unter das Thier herabsiehenden — Gemeinschaft ein Weib zu ihrer Befriedigung mißbrauchen — ein Fall, für welchen jener Grund nur paßt; — scheint er mir unwiderleglich zu seyn.

Zwar muß selbst bei einer solchen schändenden Gemeinschaft Einer früher, der Andere später concumbiret haben: und es würde also unter mehreren, selbst unmittelbar nach einander begangenen, Beiwohnungen immer eine für die mit der Geburtszeit zutreffendste erkannt werden können;

---

ten Grundes paßt daher zugleich gegen jenen zweiten Grund.

<sup>1)</sup> Wenn A und B, ohne alle Verbindung unter sich, zu verschiedenen Zeiten, und jeder allein, den X bestehlen; wer wird sie als socios delicti betrachten können!

allein die Erwägung, daß *socii delicti* weder zur Theilnahme an einem *ex delicto* entstandenen Vortheil, noch zur Abwendung eines daraus erwachsenen Schadens, einen Anspruch unter sich geltend zu machen vermögen, verhindert die Ausflucht *plurium concumbentium*, und sichert den Richter, sittenlose Vorgänge in ihrer ganzen Häßlichkeit enthüllen zu müssen.

Gesetzt aber, daß das unzüchtige Weib ehrlicherweise nicht bloß einen, sondern mehrere oder alle jene wahren *socios delicti* angegeben, und es dem Richter überlassen hätte, welchem von Allen die Paternitäts-Pflichten aufzuerlegen seyen: und es dürfte ein solcher unbestimmter Anspruch, aus Rücksicht gegen die Rechte des Kindes, *a limine judicii* nicht zurückgewiesen werden; so wüßte ich in einem solchen Falle nicht, wie der Richter jener Ausmittlung der stärkeren Präsumtion für die Paternität sich entheben könnte; wenn es nicht vielleicht vorgezogen werden möchte, alle jene *socios delicti* in Hinsicht der Alimentation in *solidum* zu verpflichten, und dem Kinde den Geschlechts-Namen der Mutter so lange beizulegen, bis dasselbe sich selbst einen der Namen jener *sociorum delicti* erwählen würde.

Die Verbindlichkeit der *sociorum delicti*, in *solidum* zu haften, würde ein solches Urtheil gegen sie vollkommen rechtfertigen, und das Kind wegen seiner Alimentation um so sicherer seyn, auch die ohnehin unabwendbar größere *macula nativitatis* dadurch nicht noch vergrößert werden.

Diesem Allen nach muß ich zwar die Unstatthaftigkeit der *exceptio plurium concumbentium* gegen die Paternitäts-Klage <sup>1)</sup> in den Fällen nachgeben, wenn sie — Entweder — nur die allgemeine Behauptung, daß die Mutter mit Mehreren concumbiret habe, zum Gegenstande hat: — Oder — wenn sie durch die Angabe jener wahren *sociorum delicti* begründet werden will;

ich muß aber die Einrede für statthaft halten, wenn sie auf solchen bestimmten thatsächlichen Angaben beruhet, wodurch eine *praesumptio potior* für die Paternität eines Andern erwachsen könnte <sup>2)</sup>.

Wenn die Rechtfertigung der so substantiirten Einrede Beifall fände; so würde die Beantwortung der Frage practisches Moment haben:

ist die Verfrühung oder Verspätung einer Geburt stärker zu vermuten?

Denn wie sollte man entscheiden, wenn, z. B. in Hinsicht des Beischlafs des Cajus die Geburt des Kindes als, nach der Ordnung der Natur, um 14 Tage verspätet, und in Hinsicht des concubitus

<sup>1)</sup> Es wird der Bemerkung kaum bedürfen: daß von der *exceptio plurium concumbentium* gegen die Satisfactions-Klage einer Geschwädten in dieser Abhandlung die Rede nicht ist.

<sup>2)</sup> Bedürfte die so gezeichnete Einrede eines lateinischen Namens: so würde sie „*exceptio concubitus magis congrui*“ genannt werden können, und dadurch bestimmter bezeichnet werden, als durch *exceptio plurium concumbentium*.

des Mevius als um 14 Tage verfrühet erschiene?

Der Zeitraum der Abweichung von der Ordnung der Natur ist hier gleich: welchem von beiden Beischläfern muß die Imprägnation zugeschrieben werden? Und wie soll, endlich, bei ungleichen Zeiträumen der Abweichung von der Regel die Paternität bestimmt werden?

Nachdem ich, im Mangel einer positiven Bestimmung hierüber, durch Mehggers System der gerichtlichen Arznei-Wissenschaft<sup>1)</sup> belehret worden bin: daß überhaupt die Möglichkeit einer Verspätung der Geburten noch — und, wie es scheint, sogar siegreich — bestritten wird: und selbst die Vertheidiger der Spätgeburten sie für Seltenheiten erkennen, wogegen die unzeitigen Geburten sehr häufig sind; so kann ich keinen Anstand finden, nicht nur überhaupt die zu frühen Geburten stärker zu vermuten, als die Verspätung derselben, sondern auch für die beträchtlicheren Verfrühungen eine stärkere Präsumtion zu statuiren, als für die, wenn gleich minder beträchtlichen, Geburts-Verspätungen. Wenn demnach z. B. in Hinsicht eines Beischlafs eine Geburt als um vier Wochen zu früh, in Hinsicht eines andern Beischlafs aber als um nur 14 Tage verspätet erschiene; so würde dennoch dem Ersteren die Schwängerung zugeschrieben werden müssen.

---

<sup>1)</sup> Die durch Remer besorgte fünfte Auflage von §. 280 — 296.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß von stärkerer Vermutung nur solcher Geburts=Verfrühungen die Rede seyn kann, welche innerhalb des gesetzlich begrenzten Zeitraumes der Geburts=Verfrühungen liegen.

---



## XIII.

## Ueber die Ordnung in der Lehnfolge der Seitenverwandten.

In einem Proceſſe, deſſen Acten rubricirt ſind:  
 von Löhneifen contra von Löhneifen  
 mußte ſich das Oberappellationsgericht durch das am  
 ſten April 1823 publicirte Urtheil darüber ausſpre-  
 chen: ob in der Lehnfolge der Seitenver-  
 wandten die Lineal- oder Gradual-Succeſ-  
 ſion den Vorzug habe?

Als nach gehöriger Diſcuſſion über dieſe ſo be-  
 kannte, große Controverſe im Oberappellationsgerichte  
 ein einſtimmiger Beſchluß zuſtandegekommen war;  
 entſtand die weitere Frage: ob nicht der gelehrte  
 Reichthum berühmter Rechtsgelehrten über die Streit-  
 frage in die Entſcheidung erſchöpfend aufzunehmen  
 ſey? Das Oberappellationsgericht hielt es aber ſei-  
 nem höheren Standpunkte auch dieſmal entgegen-  
 der, mit Vermeidung aller eigentlichen Parteynahme  
 in dem Streite, und um ſo mehr kurz ſich darüber  
 auszuſprechen, da ein mit Gelehrſamkeit gehörig aus-  
 geſtattetes Urtheil des hieſigen Herzoglichen Landes-  
 gerichts nur beſtätigt werden ſollte.

Das Oberappellationsgericht entschied daher folgendermaaßen:

„Bei dem Streite über die drei verschiedenen Systeme der Lehnfolge der Seiten=Verwandten, erscheint das Lineal=Gradual=System, welches mit dem Vorzuge der Linie die Nähe des Grades verbindet — und für welches auch viele angefehene Rechtsgelehrte, der Gerichtsgebrauch mehrerer deutscher Lehnshöfe, und selbst die neueste Hannoverische Legislation sich erklärt haben — als das vorzüglichere: hauptsächlich wegen seiner besonderen Uebereinstimmung mit den die Lehnfolge betreffenden Stellen der Longobardischen Lehnrechts=Bücher.

II. Feud. 50 bestimmt erst den Vorzug der Linie, und beruft sodann, nach dem Ausgange dieser Linie, alle übrigen Linien gleichmäßig zur Succession in das Lehn, — (eben so wie in L. 69. §. 3. D. de legat. 2. alle Familien=Glieder zur Succession in das Fideicommiß berufen sind) —; ohne jedoch die Successions=Ordnung festzusetzen. Für diese Successions=Ordnung ist aber II. Feud. 11 und 37 die Nähe des Grades als Princip aufgestellt: in dem nämlichen Maaße wie auch das angeführte römische Gesetz, in seinem weiteren Inhalte, die Successions=Ordnung bestimmt. Anderer dieses System unterstützender, in dem Urtheile des vorigen Gerichts zum Theil erwähnter, Gründe nicht zu gedenken; hat sich daher das Oberappellationsgericht für dasselbe entschieden.“

Da sich aber das Oberappellationsgericht auf

die Gründe des vorigen Gerichts — (des hiesigen Herzoglich Braunschweigischen Landesgerichts) — ausdrücklich bezogen hat, und sie also als ein integrierender Theil der Entscheidung betrachtet werden dürfen; so lasse ich solche zur Rechtfertigung der Kürze der Entscheidungs-Gründe des Oberappellationsgerichts und zur Ehre des Herrn Referenten im Landesgerichte — (Herrn Hofrath du Roi) — hier folgen.

Sie lauten: „Nach gemeinem Lehnrechte muß der Meinung, daß der Bruders-Sohn die Bruders-Enkel ausschliesse <sup>1)</sup>, der Vorzug gegeben werden:

a, wegen des Lehntextes II. Fend. 2, welcher

α, nicht nur für sich allein betrachtet den Bruders-Söhnen deutlich ein Vorzugsrecht vor allen übrigen Agnaten giebt, indem nicht behauptet werden mag, daß es der gewöhnliche Sprachgebrauch der Feudisten sey, unter dem Ausdrücke „filii“ die Enkel mitzuverstehen, vielmehr aus vielfachen Stellen das Gegentheil erhellet:

I. F. 1. §. 1 und 2. — I. F. 8. pr.

I. F. 14. §. 1. — I. F. 19 inf.

und am wenigsten ein solcher Sprachgebrauch in dem obigen Texte anzunehmen ist, wo bei der Succession der Descendenten ausdrücklich die Worte vorkommen:

---

<sup>1)</sup> In dem entschiedenen Falle stritten Bruders-Enkel mit einem Bruders-Sohne um die Succession.

„filiis existentibus vel *ex filio nepotibus*,“ sondern auch

β, mit denjenigen Stellen aus dem Römischen Rechte, worin die Intestat-Succession bestimmt ist,

§. 2. Inst. de hered. qualit.

Nov. 118. c. 1 und 3.

Auth. Cessante successione und

Auth. Post fratres, fratrumve filios. C.  
de legit. herede.

in der Wortfügung und den einzelnen Ausdrücken eine so auffallende Ähnlichkeit hat, daß sich die Absicht des Feudisten kaum bezweifeln läßt, in jenem Texte die Theorie des Römischen Rechts von der Intestat-Succession, mit Ausnahme der Ascendenten und der weiblichen Nachkommen, vortragen zu wollen, nach welcher die Brüder und Bruders-Söhne eine besondere Classe bilden, diese Anwendung des Römischen Rechts auch um so weniger auffallend erscheint, da sich dieselbe bei anderen, dem Lehnrrechte eigenthümlichen, Gegenständen, z. B. bei der Felonie, in gleichem Maaße findet,

## II. F. 24.

h, aus dem historischen Grunde, daß der Vorzug der Bruders-Söhne vor den Bruders-Enkeln nicht nur dem Römischen Rechte, sondern zufolge der neueren rechtsgeschichtlichen Untersuchungen, auch dem Longobardischen Rechte, mithin den beiden Rechtssystemen gemäß war, welche zu der Zeit, wo die Erblichkeit der Lehne und die Compilation der libri Fendorum ihre Entstehung erhielt, in Ober-Italien

allein galten, und nach einem von beiden die Succession im Lehne sich nothwendig regulirt haben muß, indem bei den Germanischen Völkerschaften, und insbesondere bei den Longobarden nicht ein reines Lineal-System, sondern in jeder einzelnen Linie ein strenger Vorzug des Grades galt,

Lex Lombarda lib. 2. tit. 14. cap. 1. (bei Georgisch p. 976). Lex Visigothorum lib. 4. tit. 2. §. 4. und 10. ibid. p. 1955 und 1958).

Eichhorn's Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Th. 1. §. 19, not. d. und §. 65. welcher bei den Longobarden nur hinsichtlich der Descendenten durch ein specielles Gesetz gemildert wurde,

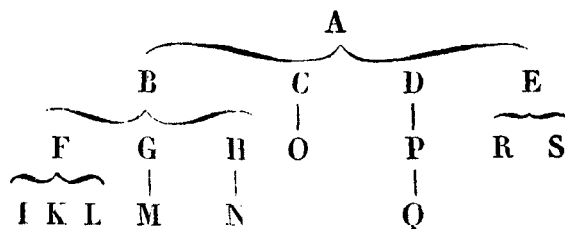
L. Lombarda lib. 2. tit. 14. cap. 18. (Georgisch p. 1025).

daß mithin, um die entgegengesetzte Meinung zu behaupten, die völlig unwahrscheinliche Hypothese angenommen werden müßte, als ob für die Lehne ein neues, beiden Rechten in gleichem Maaße zuwiderlaufendes Successions-System erfunden worden sey;

diese Gründe auch durch dasjenige, was zur Vertheidigung des reinen Lineal-Systems angeführt wird, nicht entkräftet werden kann, indem

c, der Text II. F. 50 nicht nur eben so gut, sondern den Worten nach noch angemessener dahin erklärt werden mag, daß darin nur von dem Vorzuge der einen Linie vor der andern, hingegen überall nicht von der Art und Weise wie in jeder einzelnen

Linie succedirt wird, die Rede sey, da, wenn in jenem Texte folgender Successionsfall supponirt ist:



unter den Worten „qui *ex illa linea* sunt, ex qua iste (I) fuit“ wegen des darauf folgenden Satzes „sed omnibus hac linea deficientibus *omnes aliae lineae aequaliter* vocantur“ nicht die linea F, sondern nothwendig die linea B verstanden werden muß, alsdann aber die Worte „ad solos et ad omnes qui ex illa linea sunt“ nicht auf ein gleichzeitiges Successionsrecht bezogen werden können, welches bei K, L, M und N auch bei dem reinen Lineal-System undenkbar seyn würde: welcher Folgerung nur dadurch ausgewichen werden kann, daß man entweder fingirt, K und L seyen vorher gestorben, wozu die Worte des Textes auf keinen Fall berechtigen;

Vosse Prüfung des Unterschiedes zwischen  
Erbfolge-Recht und Erbfolge-Ordnung p.

166 —

oder daß man gegen die Regeln der grammatischen Interpretation unter den Worten „qui ex illa linea sunt“ zugleich die linea F, und successive die linea B verstehen will,

— z. B. in Reichhelm Versuche zur Auslegung dunkler Gesetze p. 41 —

und eben so wenig

1, die Behauptung, daß das reine Lineal-System aus der Natur der Lehn-Succession folge, indem dieselbe sich immer als eine Descendenten-Succession verhalte, und dabei nicht dem letzten Besitzer, sondern dem ersten Erwerber succedirt werde, in den Gesetzen begründet ist, da

α, dem Grundsatz des Lehnrechts; daß nur Descendenten des ersten Erwerbers succediren, nicht der ganz verschiedene Satz untergeschoben werden kann, daß dieselben als Descendenten des ersten Erwerbers succediren, welcher Satz den Lehnsgesetzen fremd ist, welche beständig den nächsten Verwandten des letzten Besitzers als solchen zur Lehnfolge berufen;

I. F. 1. §. 1. — I. F. 22. —

II. F. 11. — II. F. 24. §. 1.

II. F. 26. pr. §. 1. et 12.

II. F. 31. — II. F. 37. — II. F. 50.

β, der fernere Grundsatz aber, daß im Lehne ex beneficio primi acquirentis succedirt wird, nur so viel sagen will, daß bei dem Lehne eine successio singularis stattfindet, und dem jedesmaligen Besitzer ein Dispositionsrecht nicht zustehet, welcher Umstand eine eigenthümliche, von der successio universalis abweichende Successions-Ordnung nicht zur Folge hat, wie das fideicommissum familiae des Römischen Rechts beweiset;

Voetii Comment. ad D. 36. 1. §. 31.

Thibaut. Pand. Syst. §. 772.

endlich zu den vorgedachten Gründen noch hinzukommt, daß

e, für das Lineal=Gradual=System, welches durch bewährte Auctoritäten unterstützt wird,

*G. L. Boehmer* princ. jur. feud. §. 142.

*Schnauberts* Comment. ibid.

*Danz* Entwicklung der gemeinr. Erbfolge im Lehne, § 94 u. ff.

*Eichhorn's* Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Th. 2. §. 366.

sich auch der Gerichtsgebrauch in den Braunschweigschen Landen,

*Pufendorf* obs. II. 56.

*Strubens* rechtl. Bed. V. 51.

so wie bei den vormaligen Reichsgerichten

*Cramers* Nebenfeuden 100. n. 28.

entschieden hat, wogegen Successionsfälle in regierenden Fürstl. Häusern, welche einen Schluß auf den niedern deutschen Adel nicht gestatten, nicht angeführt werden können."



## XIV.

- 1) Bei Befetzung eines bäuerlichen Meierhofs hat der Meierherr kein Wahlrecht unter den zur Succession Berufenen, sondern nur ein Widerspruchsrecht wegen Untauglichkeit eines bestimmten Anerben.
- 2) Unter mehreren zur Bebauung eines Hofstauglichen Erben giebt die größere Tauglichkeit kein Vorzugsrecht.
- 3) Im Herzogthume Braunschweig wird in der Successions-Ordnung in Bauergüter nur ein Vorrecht der Söhne vor den Töchtern anerkannt: unter den Kindern desselben Geschlechts giebt das Alter keinen Vorzug.

Als Anhang, und mit Meditationen begleitet:

- 4) die Fürstl. Schaumburg-Lippische Verordnung, über die Erbfolge in Bauergüter, vom 5. Junius 1809, und

5) die Herzogl. Braunschweigische Verordnung,  
über die Bestätigung der von Bauern eingegangenen Verträge, vom 8. Dec. 1825.

Ein Braunschweigischer Bauer besaß einen der Landesherrschaft meierpflichtigen Hof, und starb ohne eines seiner Kinder zum Unerben des Hofes erwählt zu haben.

Dies veranlaßte einen Streit unter seinen beiden Söhnen um die Nachfolge in den Hof.

Das Gericht erster Instanz erkannte, abgesehen von der Frage über die vorzüglichere Berechtigung des Einen oder des Andern, zu Gunsten des ältesten Sohnes, unter der Bedingung:

daß er die meierherrliche Einwilligung des Herzoglichen Cammer-Collegiums in die Uebertragung des Hofes beibringen werde.

Auf erhobene Appellation erkannte aber das hiesige Herzogliche Landesgericht:

„Da, hinsichtlich der Nachfolge in den vom Vater  
„beider Theile herrührenden Hof, die Rechte der Brü-  
„der ganz gleich sind, indem darüber weder durch eine  
„väterliche Disposition etwas verordnet ist, noch durch  
„eine Ortsgewöhnheit eine feststehende Norm hat nach-  
„gewiesen werden können: auch das Recht des Meier-  
„herrn nicht so weit auszudehnen steht, daß von des-  
„sen Wahl die Nachfolge im Meiergute zwischen meh-  
„reren gleich berufenen Miterben abhängig gemacht

„werden kann, da derselbe nur das Recht hat, seinen  
 „Widerspruch gegen Annahme eines zum Bewirthschaf-  
 „ten des Guts untauglichen Meiers geltend zu ma-  
 „chen; so muß, — wenn ein Versuch gütlicher Ver-  
 „einigung nicht gelingen sollte — durchs Loos zwi-  
 „schen den streitenden Brüdern entschieden werden.“

Diese Entscheidung erregte im hiesigen juristischen  
 und nichtjuristischen Publicum Aufsehen, und die Lust  
 zu Wißeleien stellte sich den Satz zur Zielscheibe: „das  
 „Landesgericht habe an die Stelle eines  
 „Richterspruchs den Parteien die Würfel in  
 „die Hände gegeben.“

Durch weitere Berufung gelangte die Sache ans  
 Oberappellationsgericht, und die Erwartungen waren  
 gespannt, wie dasselbe entscheiden würde.

Das Oberappellationsgericht bestätigte das an-  
 gefochtene Urtheil.

Zum Beweise, daß die Entscheidung des Ober-  
 appellationsgerichts auf eine sehr tüchtige Rechtsver-  
 theidigung erfolgte, lasse ich die Appellations-Rechts-  
 fertigungsgründe hier vorläufig den verdienten Platz  
 finden. Sie waren folgende:

„Den Entscheidungsgründen des Gerichts zweiter  
 „Instanz zufolge soll das Recht des Meierherrs nicht  
 „so weit auszudehnen stehen, daß, in Ermangelung  
 „einer rechtsbeständigen Norm, von dessen Wahl die  
 „Nachfolge im Meiergute zwischen mehreren gleich be-  
 „rufenen Erben abhängig gemacht werden könne.“

„Es kann aber hierbei von einer Ausdehnung  
 „der Rechte des Gutsherrs wohl um so weniger die

„Rede seyn, als der Gutsherr ursprünglich alleiniger  
 „Eigenthümer des Meierguts gewesen ist, und von  
 „seiner Dispositions-Befugniß vermöge des Meiercon-  
 „tracts nur einen Theil veräußert hat, mithin es  
 „allein darauf ankommen kann, ob der Gutsherr in  
 „dem vorausgesetzten Falle die fragliche Befugniß be-  
 „halten habe. Die Streitfrage würde richtiger so  
 „zu stellen seyn: ob den gleich berufenen Erben ei-  
 „nes Meiers die Befugniß zustehet, mit Ausschließung  
 „der Wahl des Gutsherrn, über die Erbfolge im  
 „Meiergute, ohne Rücksicht auf die vorzüglichere Tüch-  
 „tigkeit des Einen oder Andern, zu loosen? Wo Ge-  
 „setze, rechtsbeständige Verfügungen, oder Gewohnhei-  
 „ten den Vorzug eines Erben zur Annahme des er-  
 „ledigten Hofes bestimmen, ist die Wahl des Aner-  
 „ben seitens des Gutsherrn weder erforderlich noch  
 „zulässig. Wenn hingegen dieser Fall nicht eintritt,  
 „entspringt aus der Natur des Meiercontracts, aus  
 „dem Verhältnisse des Gutsherrn zu dem Meiergute  
 „und den darauf sich beziehenden besonderen Gesetzen,  
 „die Befugniß des Gutsherrn, den Anerben des Meier-  
 „guts selbst zu wählen. Vermöge des den Gutsherrn  
 „am Meiergute zustehenden dominii utilis beruhet  
 „die dem Meier verliehene Benutzung desselben auf  
 „der jedesmaligen neuen Bemeierung. Kein Anerbe  
 „der Stelle ist an sich nothwendiger Inhaber und  
 „Besitzer des Meierguts, sondern er muß das Meier-  
 „recht erst durch die Gutsherrliche Bemeierung erwer-  
 „ben — (Braunschweigischer Landtags-Abschied vom  
 „3. Junius 1597, Art. 19). — Soll der Gutsherr

„ein wirkliches dominium utile an dem Meiergute  
 „ausüben, so muß ihm auch freistehen, unter mehre-  
 „ren Personen, welchen der nächste Anspruch auf den  
 „meierrechtlichen Besitz des Guts zusteht, den fähig-  
 „sten zu wählen. In diesem Wahlrechte liegt die  
 „nothwendige Bedingung der Aufrechthaltung des dem  
 „Gutsherrn von dem Meiergute vorbehaltenen Nutzens.“

„Der Gutsherr macht durch eine solche Wahl  
 „von dem ihm zustehenden Rechte der Befehung des  
 „Meierguts Gebrauch, welches die Gesetze in allen  
 „Fällen anerkennen, wo der meierrechtliche Besitz ei-  
 „nes erledigten Colonats nicht an ein bestimmtes In-  
 „dividuum gebunden ist. Conf. jener Landtags-Ab-  
 „schied l. c. in der Vorschrift: „„wenn der Guts-  
 „„herr den Meier, nicht um das Gut zu eigener Noth-  
 „„durft zu gebrauchen, abmeiert, so muß er zur rech-  
 „„ten Zeit das Gut wieder mit einem tauglichen  
 „„Meier besetzen.““

„Und Landtags-Abschied vom 22. November  
 „1643, Art. 7. Auch liegt es im Geiste der Ver-  
 „fügung des Wolfenbüttelschen Deputations-Abschiedes  
 „vom 27. Januar 1619 — „„wie dahin gesehen  
 „„werden solle, daß die übermäßigen und zum Ver-  
 „„derb der Meier gereichenden Aussteuern eingezogen,  
 „„und die Ehestiftungen mit Wissen des Guts-  
 „„herrn aufgerichtet werden sollen““ — „dem Guts-  
 „herrn die Auswahl des Auerben unter mehreren  
 „Gleichberechtigten zu gestatten, damit dieselbe auf  
 „denjenigen falle, welcher am leichtesten im Stande  
 „ist, die seinen Geschwistern zu entrichtenden Abfin-

„dungen ohne übermäßige Beschwerung des Meierguts  
„zu entrichten.“

„Wenn ferner nach Art. 98 der Braunschweigi-  
„schen Amts-Cammerordnung die unfähigen Meier  
„mit Vorwissen und Zuthun der Gutsherren  
„den Gesetzen gemäß abgemeiert, und die Höfe mit andern  
„tüchtigen und fleißigen Hauswirthen besetzt werden  
„sollen, so ist die Absicht des Gesetzes unverkennbar,  
„den Gutsherren eine Mitwirkung zu gestatten, daß  
„die Meierhöfe mit tüchtigen Colonis besetzt werden.  
„Diese Mitwirkung muß sich daher in eine Wahl  
„auflösen, wenn der Fall eintritt, die erledigte Meier-  
„stelle aus mehreren zugleich berufenen Erben wieder  
„zu besetzen. Das Gericht der vorigen Instanz ver-  
„meint zwar, der Gutsherr habe nur das Recht, sei-  
„nen Widerspruch gegen Annahme eines zur Bewirth-  
„schaftung untauglichen Meiers geltend zu machen,  
„allein wo die Tüchtigkeit eines Anerben von der guts-  
„herrlichen Anerkennung abhängig ist, kann vor der  
„abgegebenen Erklärung des Gutsherrn kein Anerbe  
„für einen solchen erkannt werden, vielmehr ist die  
„vorgängige Ertheilung der Bemeierung erforderlich  
„— (Bulow's und Hagemann's Erörterungen, 4r  
„Band pag. 50). — Aus dem anerkannten Grund-  
„sage, daß das zu bemeiernde Subject fähig seyn  
„müsse, das Gut gehörig zu bewirthschaften, und die  
„Pflichten gegen den Staat und den Gutsherrn zu  
„erfüllen, folgt überhaupt, daß der gerichtlichen Be-  
„stimmung zum Anerben eines Hofes die Gewißheit  
„der Tüchtigkeit desselben vorhergehen müsse. Das

„hier verfügte umgekehrte Verfahren, erst das jus  
 „sucedendi unter mehreren Erben festzusetzen, und hier=  
 „nächst eine Untersuchung über die Tüchtigkeit statt=  
 „finden zu lassen, ist dem Interesse des Guts Herrn  
 „und dem etwaigen nachherigen tüchtigen Hofwirthes  
 „offenbar zum höchsten Nachtheile. Denn es kann  
 „daraus die Folge entstehen, daß ein unfähiges Subject  
 „vorläufig die Führung der Wirthschaft im Hofe über=  
 „nimmt, und dieselbe während jener nachfolgenden Un=  
 „tersuchung in dem Grade deteriorirt und ruinirt, daß  
 „die Herstellung die größten Schwierigkeiten hat. Vor=  
 „handene Präjudicien haben daher auch in Streitigkeiten  
 „über die Erbfolge in Bauergüter unter mehreren Erben  
 „vor Allem die Fähigkeit des zu bestimmenden Auerben  
 „berücksichtigt. — „(Conf. ein Bescheid der ehemaligen  
 „Braunschweigischen Justiz-Kanzlei vom 2. März 1802  
 „in Sachen Schrader gegen Schrader — und ein  
 „Erkenntniß des vormaligen Braunschweigischen Hofge=  
 „richts vom 27. Nov. 1790 in Sachen Ebeling ge=  
 „gen Ebeling — für das vertheidigte Wahlrecht des  
 „Guts Herrn haben sich auch erklärt Bülow und  
 „Hagemann l. c. 5r B. pag. 168, und Rhamm  
 „in seinen Anmerkungen über die jura successionis  
 „in Ansehung der Bauerhöfe §. 8 1).“

Dieser Ausführung ungeachtet verwarf das Oberap=  
 pellationengericht die Appellation aus folgenden Gründen:

„Von der Succession in einen Bauerhof schließt  
 nur Untüchtigkeit zur Bewirthschaftung desselben aus,

1) Diese Anmerkungen von Rhamm existiren nur als Manuscript.

ohne daß vorzügliche Tüchtigkeit ein Vorzugsrecht begründet.“

„Dem Gutsherrn steht, nach der Natur des Meiercontractes, nur ein auf Untüchtigkeit gegründetes Widerspruchsrecht zu, nicht aber das Recht, unter mehreren Miterben den vermeintlich tüchtigsten auszuwählen<sup>1)</sup>. In Ermangelung einer Bestimmung desjenigen der Eltern, von welchem der Hof herrührt, oder der Nachweisung einer gültigen Gewohnheit, und in Entstehung einer gültigen Vereinbarung, kann unter mehreren Gleichberechtigten nur das Loos entscheiden, wer den Hof annehmen, und die Uebrigen abfinden soll — arg. L. 5. D. fam. erisc.<sup>2)</sup> und L. 24 §. 17 D. de fideicommiss. libert. (40. — 5.)<sup>3)</sup>“

Sch kann es bei dieser Mittheilung nicht bewenden lassen, sondern muß derselben einige Bemerkungen beifügen.

#### Erste Bemerkung.

Daß die Meierherrschaft an dem Proceße, worin man sich um ihr Recht stritt, keinen Theil genom-

<sup>1)</sup> Die hiermit nicht übereinstimmende Fürstl. Schaumburg-Lippische Gesetzgebung wird mich weiter unten beschäftigen.

<sup>2)</sup> 10. 2. „Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in arde sacra deponi debent.“

<sup>3)</sup> Die Acten, in welchen diese Entscheidung am 8. Sept. 1820 vom Oberappellationsgerichte ertheilt wurde, sind rubricirt „Könnecke contra Könnecke.“



men hatte, und also gegen sie keine Rechtskraft daraus erwachsen konnte; dies war kein Abmahnungs-Grund, die Entscheidung hier aufzunehmen, wo es bloß darum gilt, welche Meinung das Oberappellationsgericht angenommen habe.

### Zweite Bemerkung.

Die theoretische Zweifelhaftigkeit der ausgesprochenen Beschränkung der Rechte des Meierherrs verkenne ich nicht. Auch das Oberappellationsgericht hat dies nicht verkannt, und vielleicht gerade aus dieser Erwägung bloß seine Meinung — eben so wie auch das Gericht zweiter Instanz — apodictisch ausgesprochen.

Genug, es ist eine Controverse dadurch entschieden, und dies bezeichnet ihren Werth. Diesen durch theoretische Anfechtungen zu schwächen, fühle ich mich nicht aufgefordert, da der klar ausgesprochene rein positive Satz in kein anderes Rechtsinstitut störend eingreift: auch es gefährlich seyn würde, dem Meierherrs jenes Wahlrecht bei Wiederbesetzung der Höfe zu geben, und dadurch die zur Nachfolge Berufenen zu veranlassen, und zu nöthigen, den Meierherrs durch ruinirende Aufwendungen zu gewinnen <sup>1)</sup>. Und die Proceffe über angeblich ungerechte, oder unzumuthbare, oder auf jene Art gewonnene Wahlen, würden die Stelle der

<sup>1)</sup> Es versteht sich von selbst, daß eine solche Besorgniß alsdann nicht stattfinden kann, wenn von Landesherrlichen Meiergütern die Rede ist.

Proceſſe der vorliegenden Art vollſtändig ausfüllen.

Geleugnet kann es übrigens nicht werden, daß Beſonderheiten und ausdrückliche Beſtimmungen der Meierbriefe (und der Erbzinſ-Contracte), die Unanwendbarkeit der mitgetheilten beiden Präjudicien begründen können <sup>1)</sup>.

### Dritte Bemerkung.

Wenn auch die auf Contracten beruhenden gutsherrlichen Rechte bei der Wiederbeſetzung erledigter Bauerhöfe ſich genau beſtimmen laſſen; ſo bleibt es doch eine ſchwierige Aufgabe, auch für diejenigen Beſugniſſe feſte Grenzen zu ziehen, welche aus der landeſpoliceilichen Obſorge für den guten Zuſtand der Bauergüter folgen. Dieſes Rechtscapitel reicht ſo weit, als ſein eminenter Grund. Und aus dieſem Rechtscapitel kann und muß der Richter unaufgefordert aus Amtspflicht auch alſdann mit einem veto eintreten, wenn gleich der Gutsherr und der Colon in, dem Gute nachtheiligen, Verfügungen einig ſind. Dieſe Cura über die Bauergüter bedarf keiner Lobpreisungen: ſie iſt eine große Bedingung des Wohls der Staaten, welche ihre Hauptkraft in dem guten Zuſtande ihrer Bauern finden müſſen.

Mag dieſe Cura durch die Anſicht ihres gro-

---

<sup>1)</sup> Eichhorn in ſeiner (verſchieden) Einleitung in das deutſche Privat- und Lehnsrecht, ſpricht ſich §. 364 (der 2ten Auflage) über die Rechte des Gutsherrn bei der Wiederbeſetzung der Höfe nicht erſchöpfend aus. Von einem Wahlrecht unter mehreren Gleichberechtigten kommt bei ihm nichts vor.

ßen Zweck oft über die Grenze des Rechts hinaus verleitet haben; so kann ich es doch nicht loben, daß sie in der entschiedenen Sache ganz müßig geblieben ist.

Einer der um die Nachfolge streitenden Söhne war, wegen seines reifen Alters, und weil er schon als Haussohn eine Reihe Jahre den väterlichen Hof bearbeitet — (ohne Zweifel spe successionis bearbeitet) hatte, — und weil er eigenes Vermögen zur Bestreitung der Abfindungen seiner Geschwister besaß, unverkennlich der dem Hofe wünschenswerthe Nachfolger. Ich kann es nicht bezweifeln, daß, selbst in Fällen gleicher persönlicher Tauglichkeit mehrerer Erben, aus jener Cura zum Besten des Hofes solchen besonderen Qualitäten der Vorzug oft gegeben seyn werde: weil sonst in den zur Tagesordnung gehörenden Processen über den Vorzug in der Gutsnachfolge, das Verweisen der Streitenden zur Entscheidung des Glücksrads schon oft vorgekommen seyn würde, und nicht so großes Aufsehen gemacht haben könnte, als in der oben genannten Sache der Fall war <sup>1)</sup>.

#### V i e r t e B e m e r k u n g .

Der Braunschweigischen Gesetzgebung gereicht es zum Vorwurfe, daß sie den Rang in der Gutsnach-

---

1) Auch in meinem Vaterlande — dem Fürstenthume Waldeck — ist mir ein solches Verweisen zum Loosen nicht vorgekommen, ungeachtet die dasigen bürgerlichen Rechtsverhältnisse mit den Braunschweigischen im Wesentlichen vollkommen übereinstimmen.

folge nicht bestimmt, sondern ruhig zugeesehen hat, daß in den täglichen Processen über die Gutsnachfolge eine jedes promulgirten Stützpunkts beraubte Justiz ihr kostspieliges, und so wenigstens Eine Partei ruinirendes B. R. W. ausspreche. Die Ungewißheit des Rechts in diesem Puncte kann unmöglich irgendwo größer seyn, als im Herzogthume Braunschweig, indem das Gewohnheitsrecht jedes Orts hier die einzige Entscheidungs-Quelle ist. Erwägt man die Schwierigkeit des Beweises einer solchen Rechtsquelle, besonders bei der Unsicherheit der Merkmale und des rechtlichen Begriffs eines Gewohnheitsrechts; so muß man es sich gestehen, daß, wenn auch der Richter die Streitenden nicht zum Würfeln verweist, dennoch der Ausgang solcher Prozesse sehr aleatorisch sey.

Daß gar kein Vorzugsrecht unter den successionsfähigen Erben, und keine Vermuthung für das Vorrecht des ältesten oder des jüngsten Erben, als letzte Entscheidungs-Zuflucht, vorhanden sey: dies hat das Oberappellationsgericht in der oben genannten Sache

*Rönncke contra Rönncke*

noch namentlich aus folgender Veranlassung erkannt.

In einem vorhergegangenen Verfahren hatte jeder der beiden streitenden Brüder ein Gewohnheitsrecht zu seinen Gunsten behauptet: und es war beiden der Beweis ihrer Behauptungen — nämlich respective des Vorrechts des ältesten Sohnes vor dem jüngeren, und umgekehrt, auferlegt. Die Beweis-Aufgabe für den jüngsten Sohn war im *Interlocute primo*

loco, und die für den ältesten secundo loco gestellt. Der Jüngste ließ den Beweis des behaupteten Minorats desert werden: und der Älteste, welcher den secundo loco gestellten Majorats-Beweis als einen bloßen Gegenbeweis oder als Einreden-Beweis betrachtet hatte, trat daher diesen seinen Beweis eben so wenig an, indem er bei jener Natur solchen Beweises denselben für unnöthig hielt, und durch die Beweisfähigkeit seines Gegners des Obtriegs gewiß zu seyn glaubte.

Das Oberappellationsgericht verwarf aber diese Meinung durch folgenden Entscheidungsgrund:

„Dem Beklagten ist in Betreff des behaupteten Majorats, und dem Kläger in Betreff des behaupteten Minorats der Beweis, und zwar beiden gleichmäßig, auferlegt, mit Berücksichtigung der Natur der Theilungsklagen, worin unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet<sup>1)</sup>; und es mußte daher ein jeder Theil den ihm auferlegten Beweis, und zwar um so mehr selbstständig<sup>2)</sup> führen, da hier nicht, wenn der eine Theil den behaupteten Grund seines Vorzugs nicht bewies, schon dadurch der Vorzug des andern Theils als begründet angenommen werden konnte, vielmehr die Unterlassung der Beweisführung für jeden Theil einen Verzicht auf den behaupteten Grund seines Vorzugs enthielt.

<sup>1)</sup> L. 2. §. 3. D. famil. ercisc. (10 — 2). — L. 10. D. finium regundor. (10 — 1). — L. 37. §. 1. D. de oblig. et act. (44 — 7.)

<sup>2)</sup> Im Gegensatz des Verhältnisses des Gegenbeweises oder des Einreden-Beweises, zum Beweise, oder zum Beweise des Klägers.

Ohne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — um welche nicht gebeten worden ist — kann daher die Wirkung der Desertion des Beweises nicht entfernt werden.“

Im Herzogthum Braunschweig existirt also im Allgemeinen unter den zur Bebauung eines Bauer-  
guts tauglichen Erben <sup>1)</sup> kein Vorrecht zur Gutsnach-  
folge: und jeder behauptete Vorzug muß durch einen  
besonderen Rechtstitel begründet werden.

Es ist nicht zu verkennen, welche reiche Quelle  
vererblicher Proceffe ein solcher Rechtszustand enthalte.  
Wenn es darum gilt, entweder Hofbesitzer zu werden,  
oder sich durch eine Bagatelle abfinden, todttheilen  
zu lassen; so ist der Versuch eines Proceßes einladend  
genug. Wer auf die Braunschweigische Gesetzgebung

<sup>1)</sup> Ein Vorzugsrecht der Söhne vor den Töchtern in der  
Succession in Braunschweigische Bauerhöfe soll ganz unbestrit-  
ten seyn; es hat mir aber keiner der erfahrensten und mit dem  
Braunschweigischen Landrechte bekanntesten hiesigen Juristen  
eine gesetzliche Bestimmung darüber nachweisen können. Ich  
muß die mir von allen Seiten her erteilte Versicherung um  
so mehr für gegründet halten, da in den vielen ans Oberap-  
pellationsgericht gekommenen Proceßten über das Anerbrecht  
eine Bestreitung jenes Vorrechts der Söhne vor den Töchtern  
nicht vorgekommen, wiewohl überhaupt auch von dessen Existenz  
die Rede nicht gewesen ist. — Genügende Auskunft durfte ich  
in dem Meierrechte von Gesenius erwarten; es kommt  
aber im 2ten Bande dieses Meierrechts, im 8ten Kapitel §. 5.  
p. 376, nur Folgendes darüber vor. Nachdem Gesenius  
nachgewiesen hat, daß das weibliche Geschlecht nicht aus-  
geschlossen sey; so sagt er: „Nach einer sehr häufigen Observanz  
„stehen aber die Töchter in der Erbfolgeordnung den Söh-  
„nen nach. Mehreres hiervon wird im 3ten Bande bei der  
„Lehre von dem Erbrechte der Meier und der Erbfolgeordnung  
„vorkommen.“ Dieser 3te Band des Meierrechts ist aber  
nicht erschienen.

einwirken kann, der würde daher dem Lande eine Wohlthat erweisen, wenn er die Festsetzung einer Rangordnung in der Gutsnachfolge, und zwar mit Entkräftung aller entgegen stehenden örtlichen oder auch umfassenderen Gewohnheiten, veranlasste.

Eine gleiche Aufforderung an die Fürstlich Waldeckische Regierung ist eben so am rechten Orte: denn auch im Waldeckischen fehlt es an einer festen Bestimmung der Successions-Ordnung unter den Kindern in die geschlossenen Bauergüter.

Die Fürstlich Schaumburg-Lippische Gesetzgebung hat nicht nur über diese Successionsordnung, sondern überhaupt über die Erbfolge in Bauergüter ein Specimen geliefert, welches vorzügliche Sachkenntniß bewährt, und beinahe ein vollständiges Gesetz über seinen Gegenstand enthält: und welches — abgesehen von einigen, nicht unter seine Vorzüge gehörenden, Eigenthümlichkeiten des dortigen Landrechts — so viele Controversen entfernt, und Lücken in der Gesetzgebung ausfüllt; daß ich mich nicht enthalten kann, dasselbe vollständig hier aufzunehmen.

Es lautet diese Verordnung:

„Von Gottes Gnaden Wir Georg Wilhelm,  
regierender Fürst zu Schaumburg-Lippe etc.“

„Da die Erfahrung gezeigt hat, daß einige der  
„vorhandenen Landesverordnungen, die Erbfolge in  
„Bauergüter betreffend, nicht bestimmt und deutlich  
„genug abgefaßt gewesen, und daher zu allerlei Miß-

„deutungen und verderblichen Processen die Veranlassung gegeben haben, so sind Wir bewogen worden, gedachte Verordnungen authentisch zu erklären, und näher zu bestimmen, und verordnen daher wie folgt:“

### §. 1.

„Wenn von Vererbung der Bauergüter unter den Kindern der Colonen die Rede ist; so steht nur solchen Kindern derselben, welche vom ersten Erwerber abstammen, ein Erbfolgerecht in das elterliche Colonat zu. Kinder, die ein Ehegatte dem andern bei der Einheirathung in ein Colonat zubringt, succediren nicht in das Colonat 1).“

1) Es erregt eine Spannung der Aufmerksamkeit, wenn man — in dem ersten Satze dieses Paragraphen — die Erbfolge in den Bauergütern durch die Abstammung vom Ersten Erwerber bedingt erklärt sieht: und man muß auf den Gedanken kommen, als sollten die Grundsätze der Erbfolge in Lehn- oder Stammgütern auf die Bauergüter angewandt werden. Das ist aber der Wille des Gesetzgebers nicht gewesen: indem, gemäß des folgenden §. 19 und 22 dem in ein Bauergut Einheirathenden — in Uebereinstimmung mit den gemeinen Bauerrechts-Grundsätzen — die Erbfolge in das Gut wirksam, und mit Ausschließung aller im §. 16 zur Succession berufenen Blutsverwandten, gesichert ist. Der Grundsatz der Abstammung vom Ersten Erwerber paßt daher nicht zu der Verordnung, und kann, als unwirksam, hinweggedacht werden.

Aber auch der zweite Satz in diesem 1sten §. — verbiß: „Kinder, die ein Ehegatte dem andern bei der Einheirathung in ein Colonat zubringt, succediren nicht in das Colonat“ kann täuschen. Denn gemäß §. 19 u. 22 succedirt der Einheirathende mit Ausschließung aller zur Succession Berufenen: und wenn nun dieser Einheirathende Kinder aus einer früheren Ehe mitbrachte, aber mit dem Colon, oder Colonin, entweder keine Kinder erzeugte, oder die in dieser Ehe erzeugten Kinder vor dem Gutserbfall verstarben,



## §. 2.

„Uneheliche Kinder sollen aber weder dem Vater  
 „noch der Mutter in das Colonat succediren, es sei  
 „dann, daß sie die Rechte ehelich geborener Kinder  
 „durch nachfolgende Ehe, oder sonst auf gesetzliche Weise,  
 „erworben haben.“

## §. 3.

„Es sollen die Kinder erster Ehe, ohne Unter-  
 „schied des Geschlechts, den Kindern der nachfolgenden  
 „Ehen bei der Erbfolge in die Bauergüter vorgehen.“

## §. 4.

„Bei den Kindern derselben Ehe sollen die Söhne  
 „ein Vorrecht vor den Töchtern haben.“

## §. 5.

„Unter Kindern derselben Ehe und desselben Ge-  
 „schlechts soll das Recht der Erstgeburt entscheiden.“

## §. 6.

„Kein Colon soll dieser Verordnung zuwiderlau-

---

und nun der lebte lebende Einheirathende den Hof be-  
 kommt; so succediren ihm alsdann allerdings jene zuge-  
 brachten Kinder. Ich muß dies für unzweifelhaft, und  
 also den gegebenen Grundsat für trüglich halten: weil sonst  
 die im §. 19 und 22 genannte Erbfolge des Einheira-  
 thenden nur in einer lebenslänglichen Benützung bestände,  
 und die ausdrücklich ausgesprochene Ausschließung der zur  
 Succession Berufenen nicht statifände. Die Unhaltbarkeit der  
 an die Spitze der Verordnung gesetzten Grundsätze begründet  
 indessen keinen beträchtlichen Tadel, da den speciellen Bestim-  
 mungen die Klarheit nicht fehlt.

„fende Verfügungen, von welcher Art solche auch seyn  
 „mögen, treffen, als welche hierdurch für ungültig  
 „erklärt werden. Bereits vor der Verkündigung die-  
 „ser Verordnung getroffene, aber noch nicht zum Voll-  
 „zug gebrachte Verfügungen, welche derselben zuwider-  
 „laufen, sollen gleichfalls unkräftig seyn, wenn nicht  
 „die Guts- und Landesherrliche Bestätigung derselben  
 „vor ihrer Vollziehung annoch ausgewirkt wird. Sol-  
 „che Verfügungen der Colonen aber, welche vor Ver-  
 „kündigung dieser Verordnung in der Art bereits voll-  
 „zogen sind, daß der wirkliche Erwerb und Besiz des  
 „Colonats bereits die Folge dieser abweichenden Ver-  
 „fügung war, sollen aus dem Grunde der in dieser  
 „Verordnung enthaltenen Vorschriften nicht angefoch-  
 „ten werden können.“

### §. 7.

„Nur in folgenden Fällen soll, unter denen in  
 „den nachfolgenden Paragraphen enthaltenen Einschrän-  
 „kungen, den Colonen eine abweichende Disposition in  
 „Ansehung der Billicalsuccession gestattet seyn:

- a) „wenn das in der Regel anerbende Kind sich  
 „einer gesetzlichen Enterbungs-Ursache gegen  
 „seine Eltern schuldig gemacht,
- b) „wenn dasselbe einen lasterhaften und schlech-  
 „ten Lebenswandel geführt hat, und
- c) „wenn dasselbe an Seele oder Leib zur Co-  
 „lonialwirthschaft untauglich ist <sup>1)</sup>.“

<sup>1)</sup> Dieser §. scheint den Stoff zu Processen zurückzulassen und in

## §. 8.

„Die Beamten sollen darüber, mit Zuziehung  
 „der Eltern oder der Vormünder, und dreier von den  
 „Beamten zu wählenden nahen Verwandten des an-  
 „erbenden Kindes, oder wenn Letztere nicht vorhan-  
 „den, dreier verständiger unbefcholtenen Männer, wel-  
 „che Kenntniß von der Sache haben, die Untersuchung  
 „anstellen, und wenn der Hof Uns meierpflichtig ist,  
 „die Untersuchungsacten an Unsere Rentkammer ein-  
 „senden, welche sodann die den Umständen angemes-  
 „sene Verfügung zu erlassen hat <sup>1)</sup>.“

## §. 9.

„Würde nun Unsere Kammer, in Hinsicht der  
 „Colonate, worüber Wir die Gutsheerrschaft haben, die

sich zu tragen: denn welches sind die gesetzlichen Enterbungs-  
 Ursachen? Ist deren Erkennbarkeit in manchen Fällen nicht  
 sehr schwierig? Welches sind die unzweifelhaften Merkmale  
 eines lasterhaften und schlechten Lebenswandels? — In den fol-  
 genden §§. sind zwar gerichtliche Processen darüber verhindert,  
 und ein arbitrium honorum virorum dafür angesetzt: für  
 ein solches unjuristisches arbitrium ist aber, namentlich, die  
 Beurtheilung — ob eine gesetzliche Enterbungsursach  
 vorhanden sey? — nicht geeignet. — Ueber die Beschränkung  
 und Erbschwerung der Disposition der Eltern über die Nach-  
 folge in einem Colonate — eine Eigenthümlichkeit des  
 Sippischen Landrechts — verspare ich meine Bemerkun-  
 gen bis zu den folgenden §§.

<sup>1)</sup> Die Kammer soll „den Umständen angemessene Ver-  
 fügung erlassen,“ das heißt mit andern Worten: sie kann  
 thun was sie will. Eine solche Befugnis findet ihre Er-  
 klärung in der Eigenthümlichkeit des dortigen Landrechts, wo-  
 nach die Bauern ihren Gutsnachfolger unter ihren Kindern  
 nicht bestimmen können. Aus dem §. 9 und 10 wird sich er-  
 geben, daß selbst die im §. 7 genannte Dispositions-Befug-  
 nis diesen Namen durchaus nicht verdient.

„von den Beamten einberichteten Gründe zur Ausschließung des Anerben von der Erbfolge in das Colonat für hinreichend erachten; so soll sie unter den übrigen Kindern den Nachfolger in das Colonat erwählen<sup>1)</sup>.

### §. 10.

„Unsere Kammer soll aber hierbei zunächst Rücksicht nehmen auf den nächstfolgenden Sohn, oder in Ermangelung männlicher Nachkommen, auf die älteste Tochter, jedoch jederzeit mit Beachtung der in den §§. 1, 3, 4 und 5 dieser Verordnung vorgeschriebenen Regeln, und wird derselben überlassen, bei dieser Wahl auch die billigen und angemessenen Wünsche der Eltern, nach Beschaffenheit der Umstände, zu berücksichtigen<sup>2)</sup>.“

<sup>1)</sup> Aus diesem Wahlrecht der Kammer, im Falle die Ausschließung eines Anerben gebilligt worden sey, ergiebt sich: daß die im §. 7 sogenannte Disposition in Ansehung der Willicalsuccession bloß und allein in einer — und noch dazu schwierig bedingten — Ausschließung des durchs Gesetz zur Succession berufenen Kindes besteht.

<sup>2)</sup> Die Worte dieses §: „Und wird der Kammer überlassen, bei dieser Wahl auch die billigen und angemessenen Wünsche der Eltern, nach Beschaffenheit der Umstände, zu berücksichtigen,“ sind wohl nicht geeignet, zu bewirken, daß jenes im §. 7 sogenannte Recht in Ansehung der Succession in irgend einer andern Realität bestehe, als in dem sehr bedingten und verlausulirten Ausschließungs-Versuch, oder revera nur Vorschlag der Ausschließung. Die Bestimmungen der §§. 7. 8. 9 und 10 harmoniren mit einem Landrechte, nach welchem den Bauern das Recht, den Gutsnachfolger zu bestimmen, niemals zustand: indem es des jetzt regierenden

## §. 11.

„Sollten auf einem Colonate bereits zu man-  
 „baren Jahren gelangte Töchter, aber unmündige,  
 „zur Colonie = Annahme noch nicht geeigenschaftete  
 „Söhne vorhanden, und zugleich das elterliche Colo-  
 „nat dergestalt verschuldet, oder sonst nach irgend an-  
 „deren Verhältnissen, in einer solchen Beschaffenheit  
 „und Lage seyn, daß dessen Conservation für einen  
 „der Söhne, durch eine anzuordnende Elocation,  
 „oder sonst ohne Benachtheiligung des Landes- oder  
 „Gutsherrlichen Interesse, nicht thunlich wäre, dann  
 „soll unsere Kammer die Befugniß haben, eine von  
 „den Töchtern, welche sich zu der Colonatwirthschaft

Fürsten zu Schaumburg-Lippe Durchlaucht vorbehalten war, durch eine Verordnung vom 10. Februar 1810, die bis da-  
 hin bestanden unverkennlichen Merkmale der Leibeigen-  
 schaft zu entfernen, und die Leibeigenschaft landesväterlich  
 förmlich und gänzlich aufzuheben. Es kann meine Meinung  
 wohl nicht seyn, ähnliche Sanctionen, als die in den eben ge-  
 nannten vier §§. enthaltenen, denjenigen Länden zu wünschen,  
 in welchen die Disposition über die Gutsnachfolge unter die  
 ausgemachten Rechte der Bauern gehört. Daß aber dieses  
 Recht nicht nur für die Bauern, sondern auch für das  
 Gemeinwesen einen großen Werth habe und sehr erprieß-  
 lich sey: mithin der Schaumburg-Lippischen Gesetzgebung ange-  
 rathen werden müsse, den Colonen jenes Dispositionerecht —  
 bloß mit dem Vorbehalte der Verhinderung eines untauglichen  
 Nachfolgers — einzuräumen: diese unswierige Ausführung  
 würde hier in einer zu großen Einschränkung bestehen, und ich  
 werde sie daher nachfolgen lassen. Uebrigens scheint der durch  
 §§. 8 und 9 künstlich organisirte Arbitrations-Proceß zur  
 bloßen Ausschließung eines Anerbden nutzlos zu seyn, da jene  
 Ausschließung und die andere Wahl eines Anerbden doch im-  
 mer nur vom Gutsherrn abhängen soll.

„durch eine anständige Heirath qualificiren würde,  
 „vor den unmündigen Söhnen zur BillicalsucceSSION  
 „zu berufen.

### §. 12.

„Sollten schon Kinder, denen ein Anerbrecht zu-  
 „stand, von der Stätte abgeheirathet, oder zum Be-  
 „sitze eines Colonats gekommen seyn; so tritt an ihre  
 „Stelle das im Alter auf sie folgende Kind, und wer-  
 „den dabei die in den §§. 1, 3, 4, 5 dieser Ver-  
 „ordnung enthaltenen Regeln beobachtet.“

### §. 13.

„Es soll einem Colon nicht erlaubt seyn, zwei  
 „Colonien zusammen zu besitzen. Würde daher ein  
 „anerbendes Kind den einzigen Anerben oder die ein-  
 „zige Anerbin eines Colonats heirathen, so soll ihm  
 „die Wahl verbleiben, welche von beiden Stätten es  
 „dem Geschwister, welches ihm in der Successionsord-  
 „nung folgt, abtreten will. Sollten indessen Fälle  
 „eintreten, da der Besitzer einer Colonie, welcher keine  
 „successionsfähige Geschwister hätte, die Besitzerin ei-  
 „ner andern Colonie ehelichen wollte; so ist sich des-  
 „falls an Unsere Kammer zu wenden, welche nach  
 „Umständen gestatten wird, daß eine der beiden Co-  
 „lonien entweder an einen andern tüchtigen Colon,  
 „zum Besten der bisherigen Besitzer, überlassen, oder  
 „beide Colonien von den bisherigen Besitzern so lange  
 „zusammen besessen werden mögen, bis sie eine dieser

„Colonien an eines ihrer künftigen Kinder werden ab-  
„treten können.“

§. 14.

„Es soll sich die Disposition des vorhergehenden  
„§. 13 auch auf den Fall erstrecken, da auf zweien  
„verschiedenen Colonien weiter keine Kinder, als ein  
„Anerbe und eine Anerbin vorhanden wären, die sich  
„hkirathen wollten.“

§. 15.

„Wenn ein Colonat durch Absterben des Besi-  
„gers ohne Descendenz erledigt wird; so sind nur  
„Ascendenten und Geschwister, oder deren Kinder, als  
„auf welche Letztere Wir, um Unsern lieben und ge-  
„treuen Unterthanen einen neuen Beweis Unserer Lan-  
„desväterlichen Gnade zu geben, das Erbfolgerecht in  
„Bauergüter hiermit ausdrücklich erstrecken wollen, der  
„Erbfolge in dasselbe fähig, entferntere Verwandte aber  
„davon völlig ausgeschlossen.“

§. 16.

„Diese zur Erbfolge in die Colonie berechtigten  
„Personen succediren in folgender Ordnung dergestalt,  
„daß die vorstehenden die nachstehenden jederzeit aus-  
„schließen:

- 1) „die unabgefundenen Geschwister,“
- 2) „die abgefundenen Geschwister, es mögen die-  
„selben den ihnen ausgelobten Brautscbaz schon er-  
„halten, oder noch zu erwarten haben,“

- 3) „die Kinder der unabgefundenen Geschwister,“
- 4) „die Kinder der abgefundenen Geschwister,“
- 5) „die Ascendenten.“

## §. 17.

„Die Ascendenten und Geschwister eines ersten  
„Colonie = Erwerbers haben kein Erbrecht am Co-  
„lonate.“

## §. 18.

„Uebrigens behält es, in Betreff der Erbfolge=  
„ordnung der Geschwister und deren Kinder, bei  
„demjenigen allenthalben sein Bewenden, was in Be-  
„treff der Erbfolge der Kinder des Besizers mehrerer  
„Colonien, und sonst noch geordnet ist.

## §. 19.

„Die Eheverschreibung giebt dem einheirathenden  
„Theile und den aus dieser Ehe erfolgenden Kindern  
„nicht anders ein Recht zur Erbfolge in ein Bauer=  
„gut unter Ausschließung der übrigen Successionsbe=  
„rechtigten, als nur dann, wenn die gültige Vollzie=  
„hung der Ehe hinzugekommen ist. Sollte daher der  
„Bräutigam oder die Braut, von welchem oder von  
„welcher das Colonat herrührt, vor gültiger Vollzie=  
„hung der Ehe versterben; so soll der Ueberlebende  
„auf das Erbfolgerecht in die Colonie keinen Anspruch  
„machen können, jedoch dasjenige zurückerkhalten, was  
„er bereits in die Colonie verwendet, oder dem mit



„ihm verlobten, nun verstorbenen, Theile geschenkt  
„haben mögte <sup>1)</sup>.

§. 20.

„Die einem Interimswirthe zu verschreibenden  
„Administrations- oder Mahljahre sollen die Aemter  
„über das zurückgelegte 25ste Jahr des Anerben und  
„21ste der Anerbin nicht erstrecken; Unserer Cammer  
„bleibt jedoch überlassen, hiervon nach Umständen je-  
„derzeit zu dispensiren, jedoch dergestalt, daß die Ad-  
„ministrationsjahre über das 30ste Jahr des anerben-  
„den Sohns, und über das 25ste Lebensjahr der  
„anerbenden Tochter nicht hinaus erstreckt werden  
„sollen <sup>2)</sup>.“

<sup>1)</sup> Da in diesem §. bloß von dem Falle die Rede ist, wenn zwar die Ehepacten errichtet sind, die Ehe aber nicht zum Vollzuge kommt; so fällt es auf, daß im Eingange des §. von in einer solchen — nicht vollzogenen — Ehe erfolgenden Kindern die Rede ist.

<sup>2)</sup> Die Bestimmungen dieses § wünsche ich dem Herzogthume Braunschweig und dem Fürstenthume Waldeck. Aus dem Herzogthume ist mir schon manche übertriebene Begünstigung des einheirathenden Interimswirths durch eine übermäßige Reihe von Mahljahren zu Gesicht gekommen: ja ich habe einen Fall gesehen, wo der Aerbe eines Hofes, um nicht als Haussohn zu veraltern, sich gleichsam gezwungen sah, dem Stiefvater und dessen Kindern den Hof gegen eine Abfindung gänzlich hinzugeben. — Im Waldeckischen hingegen ist die Bestimmung der Dauer der Interimswirthschaft nicht gebräuchlich, sondern der Interimswirth muß den Hofserben weichen, sobald einer derselben zur Hofsaahme tüchtig geworden ist. Aber auch auf diese Art ist für den Aerber nur scheinbar georgt: denn nur selten weicht der Interimswirth ohne, aus den Kräften des Hofes betrieben werdenden, Proceß: und nicht selten sind junge Altväter zugleich die Feinde des nun regierenden Stieffindes, und so ein Unglück für den Hof.

## §. 21.

„Sollte die Wittve eines Colonß, ohne Unterschied, es mag der Hof von ihr herkommen, oder sie darauf geheirathet haben, sich in dem Falle, da aus der getrennten Ehe Kinder vorhanden wären, wiederverehelichen wollen; so sollen derselben und dem einheirathenden Ehegatten, nach bisheriger Observanz, nur die vorschriftsmäßigen Administrationsjahre, nebst der herkommlichen Leibzucht versichert werden, und beide, nach dem Ablauf der verschriebenen Jahre, auf die Leibzucht zu ziehen und den Hof dem Anerben einzugeben gehalten seyn. Unserer Kammer soll jedoch, in Hinsicht der Dauer der Administrationsjahre, von der im §. 20 bestimmten Regel auch in diesem Falle, nach Umständen zu dispensiren, gestattet seyn.“

„Die Beamten sollen bei dergleichen Fällen den Kindern erster Ehe Vormünder bestellen, und durch Anfertigung erforderlicher Inventarien und sonst für die Conservation des Colonats sorgen.“

## §. 22.

„In Hinsicht der Erbfolge der Ehegatten in Bauer- und Meiergüter, welcher zu Folge der eingehirathete und überlebende Ehegatte, auf den Fall, wenn keine Kinder vorhanden, mit Ausschließung der Ascendenten und Seiten-Verwandten des verstorbenen Ehegatten, landesgesetzlich in das Colonat succedirt, verbleibt es bei den gesetzlichen Bestimmungen. Sollten indessen Colonen männlichen Geschlechts, welche bereits das sechzigste Jahr, und Coloninnen,

„welche bereits das funfzigste Jahr vollendet haben,  
 „sich wieder verheirathen wollen; so soll dem ein-  
 „heirathenden Ehegatten keine Erbsfolge in die Colo-  
 „nie, sondern bloß eine angemessene Leibzucht verschie-  
 „ben werden.“

### §. 23.

„Diese Verordnung soll sich auf alle Colonnate  
 „und Meiergüter Unseres Landes, von welcher Eigen-  
 „schaft solche auch seyn mögen, erstrecken, und darauf  
 „angewandt werden. Insonderheit sollen auch die Pri-  
 „vatgutsherren diejenigen Befugnisse, deren in den  
 „§§. 6, 8, 11, 13, 14, 19 und 20 gedacht ist,  
 „in Ansehung der ihnen zustehenden Colonien, aus-  
 „zuüben haben, dergestalt, daß

„1) wenn es auf Ausschließung eines Anerben  
 „ankommt, Unsere Beamten die Untersuchung darüber,  
 „mit Vorwissen und Adcitation der Gutsherren, in-  
 „struiren, und demnächst die Acten an Unsere Regie-  
 „rung zur Entscheidung einsenden sollen, da dann,  
 „wenn die Entscheidung für die Ausschließung aus-  
 „fällt, dem Gutsherrn überlassen bleiben soll, statt  
 „des ausgeschlossenen Anerben unter den übrigen Kin-  
 „dern einen tüchtigen Nachfolger in das Colonat, je-  
 „doch mit Befolgung der im §. 10 enthaltenen Vor-  
 „schrift, zu wählen <sup>1)</sup>: sodann

<sup>1)</sup> Nach §. 7 seq. wird der Antrag auf Ausschließung des ge-  
 seglichen Anerben von den Eltern gemacht. Bei dem Inter-  
 esse des Gutsherrn und des Staats, die Höfe nicht an un-  
 brauchbare Wirthen kommen zu lassen, muß eine solche Aus-  
 schließung auch ohne Antrag der Eltern, ja selbst wider ihren

„2) soll dieselbe Ordnung in den im §. 12, 13  
„und 14 gedachten Fällen beobachtet werden:

„Nicht weniger soll

„3) Unsere Regierung, mit Zuziehung und Ein-  
„willigung der Gutsherren, von der im §. 20 ent-  
„haltenen Disposition in der Maaße, wie dazu im  
„§. 21 Unserer Kammer in Ansehung Unserer eigenen  
„Colonien die Befugniß beigelegt ist, in vorkommen-  
„den und dazu geeigneten Fällen, nach vorgängiger  
„Untersuchung durch die Beamten, Dispensation zu  
„ertheilen befugt seyn.“

#### §. 24.

„Gegen die in gegenwärtiger Verordnung Unse-  
„rer Kammer und Regierung vorbehaltenen Entschlie-

Willen möglich seyn. Die Eltern werden sich zu einer solchen Ausschließung nur zu Gunsten ihrer übrigen besseren, oder wenigstens geliebteren Kinder entschließen, und es läßt sich deren Antrag namentlich in dem Falle nicht erwarten, wenn der gesetzliche Anerbe ihr einziges Kind ist: sie werden selbst dem ungerathenen Kinde den Hof lieber gönnen, als einem Seiten-Verwandten, oder gar als einem Fremden: sie werden Alles erdulden, um ihren Enkeln den Hof zu erhalten. Die Verordnung hat daher in diesem Puncte eine gehörige Vollständigkeit nicht: und es müßte diese Lücke selbst dann ergänzt werden, wenn auch durch Einräumung der elterlichen Wahl des Gutsnachfolgers der verordnete Ausschließungs-Proceß ganz vermieden würde: indem die Einsprüche des Meierherrn und des Staats gegen jeden unbrauchbaren Anerben, er möge vom Gesetz berufen oder erwählt seyn, geltend gemacht werden können: und die Bestimmung, namentlich einer Proceßur dazu, um so nothwendiger erscheint, da das Gesetz den gerichtlichen Weg und jede richterliche Entscheidung ausschließt.

„ßungen, Entscheidungen und Dispensationen soll keine  
 „rechtliche Berufung und kein processualisches Verfah-  
 „ren statthaben. Falls jedoch Jemand dadurch be-  
 „schwert zu seyn vermeint; so bleibt ihm der Recurs  
 „an Uns unbenommen.“

### §. 25.

„Wie nun im Uebrigen die in den Landesgesetzen  
 „enthaltenen, und durch gegenwärtige Verordnung nicht  
 „ausdrücklich näher bestimmen Dispositionen über das  
 „den Eltern, Kindern, Geschwistern und Ehegatten  
 „zustehende Erbfolgerecht in Bauergüter hiemit aus-  
 „drücklich bestätigt worden, also soll es auch ferner:  
 „hin dabei sein Verbleiben haben.“

„Endlich sollen alle bereits streitige und künftig  
 „streitig werdende Fälle nach vorstehender Declaration  
 „und Verordnung entschieden werden, und es ist die-  
 „selbe auf gewöhnliche Weise zur öffentlichen Wissen-  
 „schaft zu bringen.“

„Gegeben Bückeburg den 5. Junius 1809.“

Alle Dispositionen dieser Verordnung sind so klar  
 und bestimmt ausgesprochen, daß es sogar einem Scep-  
 tiker schwer fallen wird, den Stoff einer Controverse  
 darin aufzuspüren.

Denn wenn gleich dem arbitrium der Beamten,  
 der Fürstlichen Kammer und der Fürstlichen Regierung  
 ein großer Wirkungskreis gegeben, und also für jeden  
 durch ein solches Gutbefinden zu entscheidenden Fall  
 unverkennliche Rechtsungewißheit übrig geblieben ist;

so begründet doch diese Rechtsungewißheit keinen Vorwurf gegen das Gesetz, weil sie ein unvermeidliches Uebel ist. Wenn es sich, nämlich, fragte:

ob eine Abweichung von den als Regeln im Gesetz gegebenen Bestimmungen einem Bauer gute nützlich oder schädlich sey?

so war der Gesetzgeber nicht im Stande, zu einer solchen öconomischen Beurtheilung für jeden vorkommenden Fall passende, feste und klare Vorschriften zu geben. Hätte sich der Gesetzgeber an eine solche Aufgabe wagen wollen; so würde durch einen öconomischen Coder jene Beurtheilung wohl schwieriger, aber nicht sicherer geworden seyn. Der Gesetzgeber mußte das hohe Staatsinteresse,

Conservation der Bauergüter, unverwandt im Auge behalten, und da die Zweckmäßigkeit der Mittel in jedem einzelnen Falle nur von einer sachverständigen Beurtheilung erkannt werden konnte; so mußte sich der Gesetzgeber einer solchen Beurtheilung, gewissermaßen, selbst unterordnen; er durfte, so oft jenes Staatsinteresse mit in Frage kam, nur Regeln festsetzen, und für die Ausnahmen von jeder Regel ein non plus ultra bestimmen.

Sene unjuristische Natur der gemäß der Verordnung eintretenden Beurtheilungen rechtfertigt es dann auch, daß die Gerichte davon ausgeschlossen sind. Denn die Gerichte, zu Beurtheilungen, die außer dem Felde der Rechtswissenschaft liegen, nicht qualificiret und nicht berufen, müßten zu dem Urtheile Sachverständiger ihre Zuflucht nehmen, und könnten diese

Urtheile in der Form gerichtlicher Entscheidungen nur aussprechen.

Unter solchen Umständen würde der Gesetzgeber aus blindem Respect gegen den Grundsatz:

daß nur Gerichte über das Mein und  
Dein entscheiden sollen,

gehandelt haben, wenn derselbe, in dem Bestreben, den Wohlstand der Bauern zu befördern, diesen Wohlstand durch Gestattung verderblicher gerichtlicher Prozesse gefährdet und untergraben hätte. Die Ausschließung der Gerichte wird aber auch allein schon durch die Erwägung gerechtfertigt: daß dadurch den Bauern ihr Anspruch auf gerichtliche Entscheidungen nicht geschmälert ist. Denn durch die obige Verordnung wurden den Schaumburg-Lippischen Bauern Rechte gegeben, die sie vorher nicht gehabt hatten; und sie können also nicht darüber sich beschweren, daß, und unter welchen Bedingungen und Modificationen ihnen Rechte eingeräumt seyen.

Daß aber auch die Privat-Gutsherren über ihre Rechte der Entscheidung einer nicht gerichtlichen Behörde unterworfen sind, scheint allerdings in deren vorhinigen Rechtszustand einzugreifen; etwas Wesentliches ist ihnen aber dadurch nicht entzogen: denn, nach der vorhin bezeichneten unjuristischen Natur der in Folge der Verordnung eintretenden Beurtheilungen, kann — Einmal — von einer eigentlich richterlichen Entscheidung die Rede nicht seyn: zum Andern, hat die Gesetzgebung gehörige Achtung gegen die Rechte der Privat-Gutsherren dadurch bewähret, daß die Co-

lonen der Privaten von den Colonen der Fürstlichen Kammer durchaus abge sondert sind, jede Einwirkung der Kammer auf die Bauergüter der Privaten ausgeschlossen, und an die Stelle der Fürstlichen Kammer das Fürstliche Regierungs-Collegium gesetzt ist, von welchem die Privat-Guts herren ein Eingreifen in ihre Rechte um so weniger zu besorgen haben, da — drittens — die hier in Frage kommenden Interessen der Guts herren und des Staats sich niemals befeinden, und deren Wächter stets Hand in Hand gehen können.

Die vorliegende Verordnung hat einen großen Theil der gewöhnlichen Veranlassungen der Streitigkeiten der Landleute vernichtet, und dadurch dieser Hauptclassse der Unterthanen, und folglich auch dem Staate eine wahre Wohlthat erzeugt.

Eine ähnliche Verordnung würde aber eine noch größere Wohlthat für diejenigen Lande enthalten, deren Bauern weit größere Befugnisse zustehen, als den Schaumburg-Lippischen Colonen <sup>1)</sup>, und die also auch größere Veranlassungen und Befugnisse haben, ruinirende Proceffe zu führen.

Zum Schlusse muß ich einen, in meinen Bemerkungen zu der Verordnung schon berührten, Tadel einer Beschränktheit des Rechts der Schaumburg-Lippischen Bauern nochmals aufnehmen.

Ich meine die denselben fehlende Befugniß

---

<sup>1)</sup> Conf., unter andern, die Gegenstände der obigen beiden Oberappellationsgerichts-Entscheidungen.



unter den zur Succession Berufenen einen Gutsnachfolger sich auszuwählen und zu bestimmen.

Sobald man eingesehen hat, daß das Aufhören der Leibeigenschaft dem Interesse der Bauern, eben so wie dem wohlverstandenen Interesse der Gutsherrn und des Staats in gleichem Maaße entspreche; kann man den Grundsatz nicht bestreiten:

**man vorenthalte den Bauern nur solche Rechte, auf die von ihnen bebaut werdenden Güter, welche für die Güter, und also auch für die Gutsherrn und für den Staat, nachtheilig werden können.**

Eine solche Besorgniß wird bei jener Befugniß der Bauern dadurch ausgeschlossen: daß ihre Wahl unwirksam ist, wenn sie auf einen zur Bewirthschaftung des Hofes Untauglichen fiel.

Nur diese Beschränkung jenes Wahlrechts hat das Oberappellationsgericht, als dem entgegenstehenden Interesse — oder vielmehr als der jenes Wahlrecht bewachenden Vorforge — genügend, in den oben genannten Entscheidungen anerkannt.

Wollte aber eine Gesetzgebung ein solches bis dahin nicht existirendes Wahlrecht einräumen; so würde es allerdings sehr rathlich seyn, den Gutsherrn vor der Unannehmlichkeit zu bewahren, einen von dem vorigen Hofbesitzer erwählten unbrauchbaren Wirth auf dem Wege des Rechts aus dem Hofe wieder vertreiben zu müssen. Ein solches Ver-

fahren könnte den Meierzins von einer Reihe von Jahren kosten, und die Guts herrlichkeit zu einem lästigen Rechte, zu einer undankbaren Vormundschaft werden lassen. Vor einer solchen nicht zu rechtfertigenden Unannehmlichkeit würde die Guts herrschaft durch die Bestimmung gesichert seyn: daß die Wahl eines Guts nachfolgers, sie möge auf einem Vertrage oder auf einer legwilligen Disposition beruhen, nur durch gutherrliche Genehmigung — welche Genehmigung jedoch nur wegen Untauglichkeit des Erwählten versagt werden dürfe — gültig und wirksam werde: und daß im Falle verweigerter Genehmigung, vor deren wirklichen, durch Güte oder Rechtspruch <sup>1)</sup> bewirkten, Ertheilung, der Gewählte nicht einmal Besizrechte erlangen könne.

Und würde nuu noch, als *conditio sine qua* non der Gültigkeit, verordnet: daß nicht nur die Wahl des Guts folgers, sondern auch die gutherrliche Genehmigung schriftlich bezeugnet, und diese Urkunde von der competenten Staatsbehörde confirmirt seyn müsse; so wären — Einmal — die Proceße, in

---

<sup>1)</sup> Ich verstehe hier unter „Rechtspruch“ nicht gerade eine gerichtliche Entscheidung: denn zu der Beurtheilung: „Ob ein Bauer zur Bewirthschaftung eines Hofes tauglich oder unbrauchbar sey?“ müssen die Administrativ-Behörden, in Vergleichung mit den eigentlichen Gerichten, für am besten qualificirt erachtet werden.

welchen es um die Frage gilt: ob und welchen Nachfolger der verstorbene Gutsbesitzer sich wirklich erwählt habe (welche Proceſſe im Braunschweigischen und Waldeckischen an der Tagesordnung sind), die Proceſſe über die Existenz einer gültigen Wahl, vermieden, und — zum Andern — auch der dazu competenten Behörde Gelegenheit gegeben, für die *suprema inspectio des Staats* nöthigen Falls einzusprechen.

Ein so bedingtes Wahlrecht könnte also den Höfen, den Gutsherren und dem Staate nicht nachtheilig werden; und somit wäre dasselbe, durch Entfernung des einzigen Abmahnungsgrundes — gemäß des obigen Grundsatzes — schon gerechtfertigt. Es reden aber außerdem noch folgende Erwägungen für dasselbe.

Ausgestattet mit einem solchen Dispositionsrechte, muß dem Landmanne sein Hof als ein wahres Eigenthum erscheinen, und erst hierdurch wird der Landmann für das Interesse des Hofes vollkommen gewonnen: und dies an die Stelle der *glebae adscriptio* zu bewirken, war ja eine der Haupt-Tendenzen der Aufhebung der Leibeigenschaft. Das Bestreben, einen Hof durch Anstrengung aller Kräfte zu verbessern, läßt sich kaum denken, bei dem Bewußtseyn, für einen nicht geliebten, denkbar sogar gehäßten Gutsnachfolger, und vielleicht für einen entfernteren Verwandten, sich zu quälen. Dagegen kann wohl keine wirksamere Aufmunterung gedacht werden, als die Ueberzeugung: „du arbeitest für den Geliebte-

sten der Deinigen, den du dir durch seine Erwählung verpflichtest und zu eigen machst, der dankbar deinen Fleiß, deine Sparsamkeit und deine Zuneigung erkennen, und dein sorgsamer Pfleger im Alter seyn wird.“

Es scheint mir keines Beweises zu bedürfen, daß ein solches Bewußtseyn der stärkste Antrieb für einen guten Hausvater, und zugleich die wirksamste Ermahnung enthalte, ein guter Hausvater zu werden, und den Vortheil des Hofs über das Lebensziel hinaus ins Auge zu fassen.

Was kostet aber die Gutsherrschaft die Bewirkung eines solchen kräftigen Hebels des Wohlstandes ihrer Colonen und ihrer Güter?

Gar nichts!

Denn das Aufhören des Wahlrechts der Gutsherrn enthält um deswillen keinen reellen Verlust, weil durch die vorbehaltene Genehmigung der Wahl des Gutsnachfolgers dem Interesse jenes Wahlrechts der Gutsherrschaft — für den Hof einen guten Colon zu bekommen — genüget ist. Erwägt man aber, daß, nach dem obigen Gesetze, die Gutsherrschaft nur in dem Falle zur Wahl des Gutsnachfolgers berechtigt wird, wenn der gesetzliche Anerbe förmlich ausgeschlossen worden ist: und sie in allen andern Fällen die durchs Gesetz getroffene Wahl respectiren muß; so hat die vorbehaltene Genehmigung jeder Wahl einen größeren Werth, als jenes selten eintretende, und auch dann noch bedingte, eigene Wahlrecht.

Dem Gesetzgeber entging es nicht, daß die, keine Wahl zulassende, feste Bestimmung einer Rangordnung in der Güternachfolge zum Nachtheile der Güter reichen könne; und es wollte der Gesetzgeber diese Gefahr durch Zulassung eines geregelten Ausschließungs-Processes entfernen.

Ich glaube die Behauptung rechtfertigen zu können: daß dies Mittel seinem Zwecke nicht entspreche.

Das Gesetz konnte zwar den Colonen die Befugniß geben, die Ausschließung eines untauglichen Auerben zu veranlassen: es konnte aber diese Befugniß nicht zu einer Zwangspflicht erheben, es konnte noch weniger eine Garantie gegeben werden, daß die Ausschließung eben so oft veranlaßt werden werde, als sie zur Conservation der Höfe nöthig sey.

Denn wenn schon bei Menschen von nicht ungewöhnlicher Seelenkraft, oder von nicht ungewöhnlicher Härte und Rohheit, der Entschluß der Enterbung eines ungerathenen Kindes, durch ein bis zum Tode unbekannt bleibendes Testament, zu den selteneren Erscheinungen gehört; so wird den Eltern der Entschluß noch weit schwerer werden, durch jenen Ausschließungs- oder Enterbungs-Process öffentlich gegen ihr Kind aufzutreten.

Wichtige Abmahnungsgründe sind für sie vorhanden. Denn die Erbitterung über eine gelungene Ausschließung kann das durch seine Eltern sich beraubt fühlende Kind zum Ruhestörer derselben machen: und im Falle des Mißlingens der Ausschließung wer-

den sie einen Haupteufel an dem Anerben, und zu erwarten haben, daß er ihnen die mageren Leibzuchtsbissen nicht liebreich darreiche, sondern vorwerfe.

Alles werden aber die Eltern lieber ertragen, als die Ausschließung verlangen, wenn der Anerbe ihr einziges Kind ist, und sie also den Hof dadurch in fremde Hände brächten.

Und wie oft werden die Eltern in den Anlagen des gesetzlichen Anerben den künftigen übeln Hofwirth vorhersehen, ohne irgend gesetzliche Entbungsurfachen namhaft machen zu können.

Selten wird der Guts herr veranlaßt, und noch seltener gemeinet seyn, die Unannehmlichkeit des Ausschließungs-Processes selbst zu übernehmen.

Ich glaube demnach bewiesen zu haben: daß, wenn man den Colonen das Recht, ihren Nachfolger zu bestimmen, einräumt, niemals der schlechteste unter den zur Succession Berufenen den Hof bekommen werde: daß dies aber in Folge der obigen Verordnung möglich sey, ja, im Falle des Unterlassens des Ausschließungs-Antrags, ein unbrauchbarer Anerbe den Hof bekommen könne: und daß überhaupt jenes Wahlrecht dem Vortheile der Güter aller Berechtigten und dem Staate entspreche.

Wenn daher das vor mir liegende Gesetz den Colonen das heilsame Wahlrecht eingeräumt, also die Successions-Ordnung nur als subsidiarisch (als eine Intestat-Erbfolge)<sup>1)</sup> gegeben, und dadurch zugleich

<sup>1)</sup>In diesem Maße ist auch im Fürstenthum Lippe (Detmold) bei der Aufhebung der Leibeigenschaft durch eine Verordnung

den Ausschließungs-Proceß vermieden hätte; so würde das Gesetz verdienen, gekrönt zu werden.

Das Vorstehende hatte ich schon niedergeschrieben, als auch eine Herzoglich Braunschweigische Verordnung über den obigen ähnliche Gegenstände die Competenz der Gerichte ausschloß, und an deren Stelle die Administrativ-Behörden setzte. Daß Interesse, diese Verordnung ebenfalls hier aufzunehmen, wird deren nachherige Betrachtung bewähren.

„Verordnung, die erforderliche Bestätigung der „von Bauern eingegangenen Verträge betreffend.“

„Von Gottes Gnaden Wir, Carl, Herzog zu „Braunschweig und Lüneburg ꝛ. fügen hiermit zu „wissen:

„Es ist zwar in der Verordnung vom 4ten „April 1620 in Uebereinstimmung mit der allgemei- „nen Landesordnung §. 15. deutlich vorgeschrieben, „daß alle von Bauern verabredeten Ehestiftungen, „Kaufbriefe und andere Verträge über Immobilien „den Aemtern vorgelegt und von ihnen bestätigt wer- „den, und daß dieselben, bevor solches geschehen, nicht „bündig und kräftig seyn sollen, noch darauf erkannt „oder gehalten werden solle, gleichwohl, wie zu Un- „serer Kenntniß gekommen, unter den Gerichten der „hiesigen Lande eine Verschiedenheit der Meinungen „darüber entstanden, ob vor solcher Confirmation

---

vom 26sten Dec. 1808 §. 3. Successionsrecht in die Colonate eingeräumt.

„der bürgerlichen Verträge der Art auf die erstere von  
 „dem einen der contrahirenden Theile gegen den an-  
 „dern gerichtlich geklagt werden könne, oder wenn  
 „die in Antrag gebrachte Bestätigung des Contractes  
 „von dem Beamten versagt worden, dagegen ein  
 „Rechtsmittel oder eine Berufung an die höhere Ge-  
 „richtsbehörde zulässig sey.

„Da nun aber die den Beamten bei Errichtung  
 „von dergleichen Verträgen zur Pflicht gemachte Prü-  
 „fung, und die dabei eintretenden Berücksichtigungen,  
 „nach dem Inhalte jener Verordnung und den eigen-  
 „thümlichen Verhältnissen des Bauernstandes, haupt-  
 „sächlich dahin gerichtet seyn müssen, daß die einzu-  
 „gehenden Verbindlichkeiten nicht zum Nachtheil der  
 „Landes- oder Guts herrschaft gereichen, und die Con-  
 „trahenten selbst bei ihrem Haushalte ferner beste-  
 „hen, vor einer Zerrüttung ihres Vermögens be-  
 „wahrt, und in Ansehung desselben nicht übervor-  
 „theilt werden mögen, so ergiebt sich daraus, daß die  
 „hierüber anzustellende Prüfung ein Gegenstand der  
 „verwaltenden Fürsorge für das Wohl der Untertha-  
 „nen sey, und den Beamten nicht vermöge der ihnen  
 „anvertrauten Rechtspflege, sondern als administra-  
 „tiven Behörden obliege, und daher von ihren be-  
 „falligen Verfügungen der Recurs nicht an die hö-  
 „heren Gerichte, sondern an die vorgesetzten Ver-  
 „waltungs-Behörden genommen werden müsse.  
 „Nach dieser Ansicht finden Wir Uns daher bewogen,  
 „hierdurch ausdrücklich zu bestimmen und zu ver-  
 „ordnen:



„daß die Gerichte so wenig Klagen aus von  
 „Bauern errichteten, von den betreffenden Beamten  
 „aber nicht confirmirten Verträgen zuzulassen und  
 „darauf zu erkennen, als wegen versagter Bestätigung  
 „solcher Verträge bei ihnen angebrachte Beschwerden  
 „oder Berufungen anzunehmen und Verfügungen zu  
 „treffen, vielmehr die Partheien mit solchen Be-  
 „schwerden an die vorgesezten Verwaltungsbehörden  
 „zu verweisen haben u. u. <sup>1)</sup>.

„Braunschweig, am 8ten December 1825.“

Folgende Bemerkungen zu dieser Verordnung  
 werden sich selbst rechtfertigen.

### Erste Bemerkung.

Nach dem Introitus der Verordnung scheint der  
 Gesetzgeber gemeinet gewesen zu seyn: eine Rechts-  
 controverse entfernen, den Sinn eines älteren Gesetzes  
 authentisch erklären zu wollen.

Als bloßes declaratorisches Gesetz würde die Ver-  
 ordnung in den zur Zeit ihrer Promulgation bereits  
 anhängig gewesenenen Sachen angewandt werden müs-  
 sen <sup>2)</sup>; und es ist daher zu untersuchen: ob sie nur  
 diese Eigenschaft habe, oder *lex nova correctoria*  
 sey?

In der in Bezug genommenen älteren Verord-  
 nung von 1620, und in der Braunschweigischen Lan-

<sup>1)</sup> Der übrige nicht aufgenommene Theil der Verordnung ent-  
 hält eine Einschränkung: die Minderjährigen vor der Contracts-  
 bestätigung durch Vormünder vertreten zu lassen.

<sup>2)</sup> L. 2. §. 23. C. de veteri jure enucleando etc. (1. 71).

desordnung, ist keine Spur der Unterscheidung einer administrativen und einer richterlichen Qualität der Beamten zu finden. Es war in Deutschland von jeher ein Attribut der Beamten und der über ihnen stehenden Gerichte, in den die Bauer-güter betreffenden Sachen für die Conservation der Güter ex officio thätig zu seyn, und in diesem Punkte das Staatsinteresse zu bewachen. Wäre es nicht eine triviale Wahrheit, daß wir eine bestimmte Unterscheidung der Administration von der eigentlichen Rechtspflege erst den wissenschaftlichen Forschungen der neueren Zeit zu verdanken haben; so könnte ich den obigen Satz ad nauseam usque beweisen, nicht nur selbst aus der Braunschweigischen Gesetzgebung, sondern auch aus damit übereinstimmenden älteren Waldeckischen, Lippischen und Schaumburg-Lippischen Verordnungen über bürgerliche Verträge, — und welches Land hätte nicht ähnliche Gesetze über diesen Gegenstand zu Duzenden aufzuweisen. Die Gutsherrschaft, oder eine von derselben zu Wahrung ihres Interesse bestellte Behörde, hätte wohl ihre Zustimmung zu einem bürgerlichen Contracte geben können; die von den Gesetzen erforderte, mit besondern rechtlichen Wirkungen begleitete, *confirmatio judicialis* konnte aber nur, was ihr Name besagt, von den Gerichten ertheilt oder verweigert werden. Das Herzogliche Cammer-Collegium — (dies ist nämlich die den Beamten in deren administrativen Functionen vorgesetzte Oberbehörde, an welche die obige Verordnung die Beschwerde über verweigerte

Contractsbestätigungen verwiesen hat) — wird keinen Fall aufzuweisen haben, in welchem der Weg eingeschlagen worden wäre, welcher durch das neue Gesetz eröffnet worden ist. Dagegen beweisen die Registraturen des Herzoglichen Landesgerichts und des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts das Gegentheil. Um viele Belege konnte es mir bei einer so unbestrittenen Wahrheit nicht zu thun seyn; und ich allegire daher nur einige Proceffe, welche aber um so mehr genügen werden, da der Gegenstand der darin erhobenen Appellationen gerade in der Verweigerung der Contracts-Confirmation bestand:

- a. Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 14ten May 1822 in causa Cassel contra Bahldief.
- b. Urtheil vom 9ten September 1823 in causa Mohrstadt contra Fricke.
- c. Urtheil vom 20sten September 1823 in causa Bahntie contra Quentel:

in welcher letzteren Entscheidung die Appellabilität jenes Gegenstandes sogar ausdrücklich ausgesprochen worden ist.

Es ist demnach die vorliegende Verordnung eine wahre lex correctoria, und kann, als solche, nicht auf die vor deren Publication bereits anhängig gewesenen Sachen angewandt werden.

### Zweite Bemerkung.

Wer die Verderblichkeit der Proceſſe der Landleute, namentlich über den Belang der aus den Gütern zu leistenden Abfindungen, und der Alttheile oder Leibzuchten, kennen gelernt hat, die oft, ja gewöhnlich, mehr kosten, als der erstritten werdende Gegenstand werth ist; der wird es als eine Wohlthat anerkennen, daß die Braunschweigische Gesetzgebung einem solchen Verderben der Landleute, und dem daraus folgenden Nachtheile der Höfe steuern will. Aus eben dieser Erwägung wird es aber auch verdienstlich seyn, auf die Mängel des zu solchem Zwecke erlassenen Gesetzes aufmerksam zu machen.

Die Verordnung verweist alle Beschwerden über versagte Bestätigung der bäuerlichen Contracte an die den Beamten vorgesetzte Verwaltungs- Behörde, das heißt, an das Herzogliche Cammer-Collegium.

Faßt man die in der Verordnung vorausgeschickten Beweggründe ins Auge; so läßt es sich nicht bezweifeln: daß den Gerichten Beurtheilungen abgenommen werden sollen, die ihrer Natur nach in das Feld der Rechtsprechung und der Jurisprudenz nicht gehören. Und man kann es nicht verkennen, daß die Verwaltungs- Behörden, namentlich das Cammer-Collegium, besser als das Landesgericht und als das Oberappellationsgericht, zu der Beurtheilung qualificirt ist: ob ein Contract einem Bauer und seinem Hofe nützlich oder schädlich sey? Welche Abfindungen und Alttheile aus einem Hofe geleistet werden

können? 2c. 2c. Diese Erwägung kann aber die Bestimmung nicht rechtfertigen, wodurch die Competenz und Anrufung der Gerichte

gegen verweigerte Contracts-Confirmationen überhaupt

aufgehoben und ausgeschlossen ist: denn es giebt unzählige Veranlassungen, eine nachgesuchte Contracts-Confirmation zu versagen, welche rein juridischer Natur sind, und ganz außer den Grenzen jener öconomischen Beurtheilungen liegen. Um dies zu beweisen, erinnere ich vorerst nur daran: daß eine rein juridische Entscheidung gewöhnlich alsdann erforderlich wird, wenn ein Dritter aus einem selbständigen Rechte gegen eine nachgesuchte Confirmation Einspruch thut. Z. B. der ältere Bruder will die Hofverschreibung an einen jüngeren Bruder nicht zugeben: die abzufindenden Kinder behaupten durch die ihnen zugedachten Filialportionen im gesetzlichen Pflichttheile verletzt zu seyn, und die davon unzertrennliche Frage, welches Vermögen des Erblassers zu der Berechnung des Pflichttheils in computum komme: die ausgeheiratheten Kinder wollen die Abfindungs-Summen nicht bis zur Beendigung der Wahljahre ihres Stiefvaters im Hofe stehen lassen 2c. 2c.

Ich habe hier bloß diejenigen Fälle genannt, welche, als gerade jetzt beim Oberappellationsgerichte anhängig, mir gegenwärtig waren: und ein Catalogus aller der juridischen Fragen, von deren Entscheidung die Confirmation bäuerlicher Contracte abhängig seyn kann, würde sehr groß werden. In allen

diesen Fällen muß der nämliche Rechtsweg gegen verweigerte Confirmationen unversperrt bleiben, welcher gegen die Ertheilung der Confirmationen offen ist.

Wenn man aber auch diese erste Erwägung um deswillen als nicht eingreifend zur Seite setzen wollte, weil die Fälle, wo in Folge des Einspruchs dritter Personen die Contract=Confirmationen von rechtlichen Entscheidungen abhängig werden, von der Verordnung nicht gemeinet seyn könnten, indem sie — was nicht zu leugnen ist — wenigstens von der ratio legis nicht umfaßt werden; so muß ich zu der wichtigeren Bemerkung übergehen, daß auch außer jenen Fällen die Contract=Confirmationen von bloß juridischen Beurtheilungen dependiren können.

Ich will hier nur die gewöhnlichsten und wichtigsten der bürgerlichen Verträge — die Eheverschreibungen — ins Auge fassen. In diesen werden nicht selten Punkte, über welche sich die Paciscenten nicht vereinigen konnten, zum Confirmationsacte ausgesetzt; und eben so oft werden im Confirmationsacte von dem Beamten — der auf Vollständigkeit und Bestimmtheit der Verabredungen von Amtswegen bedacht seyn muß — Entscheidungsgegenstände zur Sprache gebracht. Diese Gegenstände sind eben so oft juridischer als nicht-juridischer Natur. Am häufigsten kommen Rechtsfragen vor, wenn sich unter den Paciscenten auch Vormünder befinden: wenn ein Theil, von welchem der Hof nicht herkommt, zu einer weiteren Ehe schreitet, und der verstorbene Gutseigenthümer den Anerben des

Hofs unter seinen Kindern nicht bestimmt hat 2c. 2c. Alle oben genannten Rechtsfragen, und viele andere, können hier zur Sprache kommen, und durch den Confirmationsact ihre Entscheidung erhalten: denn die Confirmation solcher bürgerlicher Verträge unterscheidet sich von den gewöhnlichen Contracts-Confirmationen durch die Eigenheit, daß es sich dabei nicht bloß fragt, „ob die Confirmation zu ertheilen oder zu versagen sey?“ sondern der Beamte zugleich streitige Punkte unter den Contrahenten entscheiden, ja im Widerspruche mit der Rechtsregel: „confirmatio nil novi tribuit“ häufig selbst in den consensum paciscentium, modificirend und verwerfend, eingreifen muß.

Ist nun diese Thätigkeit der Beamten juridischer Natur, so setzt sie deren richterliche Qualität voraus.

Welcher Weg soll endlich zu dem Angriffe auf den Confirmationsact alsdann eingeschlagen werden, wenn der Gegenstand desselben gemischter, juridischer und nicht juridischer Natur ist?

Und welches ist dann das charakteristische Unterscheidungs-Merkmaal: ob ein Gegenstand juridisch, oder nicht juridisch, oder gemischter Natur sey?

Soll also die in der Verordnung den Administrativ-Behörden zugewandte neue Function nicht in eine Jurisdiction ausarten: soll es nicht zweifelhaft bleiben, wann die obere Verwaltungs- oder Justizbehörde anzurufen sey: und sollen, endlich, Competenz-Conflicte zwischen dem Cammer-Collegium und den oberen Justiz-Collegien vermieden werden; und

soll also, in summa, die wohlthätige Absicht des Gesetzes nicht durch den in ihm liegenden Stoff zu vielen Controversen vereitelt werden;

so muß die Verordnung durch viele erläuternde Bestimmungen vervollständigt werden.

### Dritte Bemerkung.

Nur über versagte Confirmationen gestattet die Verordnung eine Beschwerde bei der oberen Verwaltung=Behörde.

Da aber, nach der besonderen Natur der Confirmation bäuerlicher Contracte, vorhiniger Ausführung gemäß, nicht bloß in der Versagung der Bestätigung, sondern auch in deren Ertheilung eine Rechtsverletzung liegen kann; so wird auch in dem letzteren Falle die Anrufung einer höheren — respective Justiz= oder Verwaltungs= — Behörde nicht auszuschließen seyn.

### Vierte Bemerkung.

Die Landleute werden in den Verträgen, welche ihre Höfe betreffen, durch ein doppeltes Interesse unter Aufsicht und Vormundschaft gehalten: einmal, durch das gutherrliche Interesse, und, zum Andern, durch das des Staats. Letzteres ist eminenten Natur, steht über dem ersteren, und controliret nicht nur die Hofsbefitzer, sondern auch deren Gutsherren. Die Freibauern — ich verstehe darunter diejenigen, welche ihre Höfe mit vollständigem Eigenthumsrecht innehaben, weder im meierherrlichen noch erbenzinsherrlichen Nexus stehen — werden bloß durch das Interesse des Staats



an dem gutem Zustande ihrer Güter bevormund-  
schaftet. Als meinem gegenwärtigen Zwecke fremd,  
übergehe ich den Fall, wenn die Bauerhöfe Lehn  
sind. Wichtig ist mir aber hier die Unterscheidung der  
Bauern, welche Landesherrliche Meier- oder Erb-  
zinsgüter besitzen, oder, der sogenannten Cammer-  
bauern von den Nichtcammerbauern <sup>1)</sup>.

Die Beamten hatten bei den bäuerlichen Ver-  
trägen bisher zu bewachen, nicht nur das Interesse  
des Staats, sondern auch, wenn von Cammergü-  
tern die Rede war, das Interesse der Gutsherr-  
schaft.

Ueber dieß gutherrliche Interesse konnte sich  
aber die Amtspflicht der Beamten alsdann nicht er-  
strecken, wenn es um Nichtcammergüter galt, bei  
diesen war die Einwirkung der Beamten nur durch  
das jus eminens des Staats begründet: und was  
sie aus diesem Rechtsgrunde thaten, war zwar, wenn  
es wohlgethan war, zugleich für das gutherrliche  
Interesse geschehen; keineswegs wurde aber dadurch  
ausgeschlossen, die selbständige Rechtswahrung der Guts-  
herrschaften. Wenn daher ein Contract so geeigenschaft-  
tet war, daß die gutherrliche Genehmigung als con-  
ditio sine qua non der Confirmation erschien: oder  
wenn eine Gutsheerrschaft durch ihre Dazwischenkunft

<sup>1)</sup> Diese Benennung „Nichtcammerbauern“ habe ich ge-  
wählt, um für alle diejenigen Bauern, deren Güter bald Pri-  
vatpersonen, bald Universitäten, bald Stiftungen durch jene  
Rechtsverhältnisse verwandt sind, ein umfassendes collectivum  
zu haben.

die Confirmation eines Contracts verhindern wollte; so mußten die dadurch veranlaßten Streitigkeiten zwischen der Guts herrschaft und dem Gutsbesitzer von dem Beamten richterlich entschieden werden, und solche Entscheidungen verloren ihre juridische Natur so wenig dadurch, daß auch jenes Staatsinteresse darauf einwirken konnte, als dadurch, daß sie in der Form einer Contracts-Confirmation oder einer Versagung derselben ertheilt wurden.

Es fragt sich nun: ob in Zukunft auch gegen solche Entscheidungen über die Rechte und das Interesse solcher Guts herrschaften das Cammer-Collegium die höhere Instanz bilden solle? Und ob dies sogar ohne Unterschied der Fall seyn solle, es möge von juridischen, oder nicht juridischen, oder von Gegenständen gemischter Art die Rede seyn?

Sollte die Gesetzgebung nicht beabsichtigt haben — (was gewiß nicht angenommen werden kann) — die Ansprüche der Guts herren auf richterliche Entscheidungen in diesem Maaße zu vermindern, der Zuständigkeit des Herzoglichen Cammer-Collegiums in den Contracts-Bestätigungen einen gleichen Umfang einzuräumen, es möge von Cammergütern oder von Nichtcammergütern die Rede seyn; so bedarf die Verordnung auch in dieser — bei der Redaction derselben wahrscheinlich nicht gegenwärtig gewesenen — Hinsicht eine Vervollständigung.

In der oben mitgetheilten Fürstlich Schaumburg-Lippischen Verordnung sind die Cammerbauern von den Nichtcammerbauern sorgsam unterschieden: und

wenn gleich die Privatgutsherren darin der Entscheidung eines mit Jurisdiction nicht ausgestatteten Collegiums<sup>1)</sup> unterworfen sind; so findet doch solche Entscheidung nur in einigen genau bestimmten Fällen Statt, und für die Entscheidungen selbst sind klare Regeln gegeben. In der Herzoglichen Verordnung ist dagegen die Zuständigkeit der Administrativ-Behörden unbeschränkt ausgesprochen: und an den Rechtsbestimmungen, welche die Schaumburg-Lippische Verordnung enthält, fehlt es im Braunschweigischen ganz.

#### Fünfte Bemerkung.

Daß es bedenklich sey, die bisherige Zuständigkeit der Gerichte in den hier in Frage stehenden Sachen auszuschließen, glaube ich gezeigt zu haben; nicht schwierig scheint es mir aber, diese Zuständigkeit der Gerichte unschädlich zu machen. Die bürgerlichen Rechtsverhältnisse sind so einfach, und die Gegenstände der das Interesse der Güter berührenden Contracte sich immer so ähnlich, ja gleich, daß das wohlthätige Werk, aus diesen Rechtsverhältnissen alle Controversen zu verbannen, eine ganz unschwierige Aufgabe für den Gesetzgeber ist. Wenn an die Stelle dieser Controversen<sup>2)</sup> klare gesetzliche Bestimmungen gekommen seyn werden, so ist der Stoff zu eigentlichen Rechtsstreitigkeiten, und die Veranlassung zu richterlichen Anrufungen und Entscheidungen vernichtet. Freilich blei-

<sup>1)</sup> Nämlich der Fürstl. Regierung, an der Stelle der in Aufsicht der Cammerbauern competenten Fürstl. Cammer.

<sup>2)</sup> Ich gedenke sie insgesamt in diese Sammlung aufzunehmen.

ben alsdann noch die schwierigsten Entscheidungen übrig, nämlich diejenigen, welche auf der Beurtheilung beruhen: in welchem Maaße nach dem Zustande jedes einzelnen Hofes die gesetzlich feststehenden Verbindlichkeiten desselben zu bestimmen seyen. Alle in dieses Capitel gehörende Entscheidungen sind aber nicht juridischer Natur, und vollkommen dazu geeignet, den Administrativ-Behörden anvertraut zu werden.

---

## XV.

Ueber die Läsions = Klage gegen aleatorische  
Verträge, namentlich gegen Leibrenten=  
und Verpflegungs = Contracte.

---

Eine Bäuerin verkaufte ihren Kothhof. Unter den Verbindlichkeiten, welche der Käufer übernommen hatte, waren lebenslängliche bestimmte jährliche Leistungen an die Verkäuferin und deren Ehemann.

Nach Beider Tode griff deren einziger Sohn die Veräußerung des Kothhofs wegen enormer Läsion an.

Die Gerichte der ersten und zweiten Instanz verwarfen diese Klage: weil die oben bemerkten Stipulationen einen lebenslänglichen Verpflegungs = Contract enthielten, welcher seiner Natur nach <sup>1)</sup> und gemäß L. 8. D. de contrah. emt. vend. und L. 17. C. de usur., durch das remedium ex lege 2 C. de rescind. vendit. nicht angefochten werden könne.

---

<sup>1)</sup> Ohne Zweifel war hier die aleatorische Natur eines solchen Contracts gemeint: welche auch in der Hinsicht nicht geleugnet werden konnte, weil die Dauer der jährlichen Leistungen und also ihr summarischer Betrag, von dem Todestage als einem ungewissen Ereigniß abhängig, selbst ungewis war.

Das Oberappellationsgericht hob aber diese Entscheidung auf, erkannte die Klage für statthaft, und legte zu deren Begründung dem Kläger den Beweis auf: daß seine Mutter durch obigen Contract über die Hälfte des wahren Werths des Kothhofs verlehrt worden sey <sup>1)</sup>.

In den Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts wurden noch mehrere Einreden des Beklagten beseitigt, welche die vorigen Gerichte nicht zu würdigen gehabt hatten, indem sie die Klage als unstatthaft verwarfen; für meinen gegenwärtigen Zweck haben aber nur die gegen die Entscheidungs-Ansicht der vorigen Richter aufgeführten Gründe Interesse, und diese sind folgende:

„Die allegirte L. 8. D. de contrah. emt. vend. (18 — 1) begründet die erkannte Verwerfung der Läsions-Klage weder direct noch analogisch, indem darin nur Fälle unterschieden werden, wo sine re ein Kaufcontract vorhanden und nicht vorhanden seyn könne: und L. 17. C. de usur. (4 — 32) enthält eine Beweisstelle nur für den Satz, daß eine incerta et casualis laesio nicht genüge, einen Contract anzugreifen <sup>2)</sup>.

Zwar scheint es, da diese Beschränkung der Lä-

<sup>1)</sup> Die Rubrik der Acten dieses Processus heißt Bloch contra Bechmann, und das Urtheil des Oberappellationsgerichts ist publicirt am 4. Februar 1825.

<sup>2)</sup> Es sagt nämlich diese L.: „Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vim usurarium consequeretur. obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum procentum rescindi placita non possunt.“

sions-Klage nicht bestritten werden kann, als folge daraus nun auch,

daß der Leibrenten-Contract, der Verpflegungs-Contract — so wie jeder andere onerose Vertrag, worin das Ende der Leistungen des einen Paciscenten von der Lebensdauer, oder von einem sonstigen in Rücksicht der Zeit des Eintritts ungewissen Ereignisse, abhängig ist — die juristische Gewißheit einer Verletzung unmöglich mache, und also die durch eine solche Gewißheit zu begründende Klage ausschließe, und zwar um so mehr, da die auf Erfahrungssätze gestützten Berechnungen über die Lebensdauer die Ungewißheit der Lebensdauer keines Individuums aufheben.

Diese Zweifel entfernen sich aber bei folgenden Erwägungen.

Denn dürfte man auch, um eine Läsion bestreiten, oder das Maaß derselben in Ungewißheit erhalten zu können, die Möglichkeit der Lebensdauer eines Individuums bis zur Undenklichkeit steigern <sup>1)</sup>; so kann doch die Zweifelhaftigkeit der Lebensdauer alsdann nicht auch die Läsion ungewiß machen, wenn, die *ad dies vitae* stipulirte Leistung sogar als eifern und ewig betrachtet, dennoch eine Läsion erweislich ist <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Etwa annehmen, der sieche Cajus könne durch ein Wunder der Natur 200 Jahre leben.

<sup>2)</sup> Z. E. wenn eine Leibrente von einer Meße Korn für ein Capital von 1000 Thlr. bedungen worden wäre.

Da also Contracte jener Art denkbar sind, worin eine Läsion klar ist: mithin es auf die Beschaffenheit der Contracts-Bedingungen ankommt; so kann nicht aus der Natur dieser Contracte folgen, daß die Läsions-Klage dagegen nicht statffinde.

Es ist demnach der Entscheidungsgrund der beiden vorigen Gerichte nicht haltbar: und da auch die Beschaffenheit der Bedingungen des hier in Frage stehenden Contracts die Möglichkeit des Beweises der behaupteten Läsion keineswegs ausschließt <sup>1)</sup>, so mußte Kläger zu dem Beweise seines Klaggrundes hinzuge-lassen werden."

Aus diesen Entscheidungsgründen geht folgende Ansicht des Oberappellationsgerichts hervor:

Leibrenten- und Alimentations-Contracte können so beschaffen seyn, daß es überhaupt vom Zufalle abhändig und also ungewiß ist, für welchen der Contrahenten der Contract vortheilhaft oder nachtheilig seyn werde. So geeigenschaftete Contracte sind durchaus aleatorisch: und weil bei ihnen zur Zeit der Contracts-Schließung keine *laesio certa* vorhanden, sondern Vortheil und Nachtheil von einem ungewissen Ereignisse abhängig ist; so findet gegen sie eine Läsions-Klage nicht Statt.

---

<sup>1)</sup> Die Ausführung in den Entscheidungsgründen über diese Beschaffenheit des vorliegenden Contracts hat nur für die Entscheidung der Sache, nicht für die *thesis* Interesse, und darf daher übergangen werden; Einiges davon werde ich nachher noch aufnehmen, weil es bei bürgerlichen Alimentations-Verträgen allgemeiner Anwendung findet.



Anders kann es sich aber verhalten, wenn schon zur Zeit der Contractsschließung eine bestimmbare Verletzung eines Contrahenten vorhanden ist, und mithin nur die Vergrößerung dieser Verletzung auf der einen Seite, und das Maaß der Vergrößerung des Gewinns auf der andern Seite, zufällig bleibt: denn so weit jene bestimmbare Läsion reicht, hört die Ungewißheit auf, und so weit ist also der Contract nicht aleatorisch. Wenn daher eine solche nicht ungewisse Läsion von dem Belange ist, daß sie jene Klage ex L. 2 C. begründet; so muß sie stattfinden.

Das Oberappellationsgericht hat also in der That diese Klage nicht gegen einen wirklich aleatorischen Contract für zulässig erklärt, sondern es hat dasselbe das Nichtaleatorische eines aleatorischen Contracts von seinen wirklich aleatorischen Gegenständen sehr richtig geschieden.

Es ist bemerkenswerth, daß der Fall, in welchem, nach dieser nothwendigen Distinction, eine Läsionsklage begründet werden kann, auf der Seite des Leibrenten-Gebers nicht denkbar ist. Gesezt, es würde — (ich nehme absichtlich einen crassen Fall) — für 100 Thlr. eine lebenslängliche Rente von 100 Thlr. übernommen; so wäre es dennoch von dem ungewissen Todestage des Renten-Nehmers abhängig, ob oder in welchem Maaße der Renten-Geber beschädigt werde; und fände also keine Läsions-Klage Statt. Wenn man sich einen Fall imaginirt, wo diese Klage dem Renten-Geber zustände; so findet man, daß ihm als-

dann besser propter insaniam geholfen werden könne.

Endlich giebt mir die Entscheidung des Oberap-  
pellationsgerichts noch zu folgender Bemerkung Ver-  
anlassung.

Es ist, bekanntlich, der gewöhnliche Fall, daß die  
Landleute ihre Höfe einem ihrer Kinder abtreten, und  
sich einen Alttheil (Leibzucht) ausbedingen. Dieser  
Alttheil ist, und darf eigentlich nichts weiter seyn, als  
eine Alimentation; und der derselben zum Grunde lie-  
gende Vertrag gehöret also zu denjenigen, welche die  
Gegenstände meiner Betrachtung ausmachen. Die  
dem Gutsnachfolger zustehende Klage wegen übermä-  
ßiger Alttheils=Stipulation ist, bekanntlich, mit dem  
römischen remedio ex dicta L. 2. gar nicht verwandt,  
und gründet sich auf die Obsorge des Staats und  
der Meierherren zur Conservation der Bauerhöfe. Eben  
so wenig kann jenes remedium von den Altstern  
(Leibzüchtern) in Anspruch genommen werden, und  
zwar aus doppeltem Grunde nicht: denn — Erstens  
— muß auch ihr Recht nach landrechtlichen Grund-  
sätzen beurtheilt werden, und es kommt daher bei der  
richterlichen Bestimmung eines Alttheils keineswegs  
auf den Verkaufswerth eines abgetretenen Hofes, son-  
dern darauf an, ob der stipulirte Alttheil zur Alimen-  
tation nicht genüge, und ob aus den Gutsaufkünften  
ein Mehreres geleistet werden könne: und — zum  
Andern — sind die jenen bäuerlichen Alimentations-  
Contracten zum Grunde liegenden Guts=Abtretungen  
in der That deutschrechtliche anticipirte Erbschafts-  
Erlangungen *vivente testatore*, die also unter die

römischrechtlichen contractus ab utraque parte onerosos nicht gezählt, und mithin das remedium aus jener L. 2. analogisch darauf nicht ausgedehnt werden kann.

Demungeachtet zeigt der vom Oberappellationsgerichte entschiedene Fall, daß die römische Räsions-Klage auch bei Guts-Abtretungen unter Landleuten vorkommen kann: ja in allen Fällen denkbar bleibt, wo nicht durch jene anticipirte Succession des Auerben, sondern durch einen onerosen Contract ein Bauerntgut veräußert wird <sup>1)</sup>.

Wenn Landleute keine Kinder haben, und sie nicht mehr vermögend sind, ihre Höfe zu bebauen; so sind sie, um sich Ernährung zu sichern, gezwungen, Entweder, sich einen Fremden zum Auerben zu erwählen <sup>2)</sup> und demselben gegen Stipulation eines Altheils ihren Hof zu übertragen, Oder, ihren Hof durch Verkauf, oder auf sonstige Weise zu veräußern <sup>3)</sup>.

Im ersteren Falle kann ich kein Bedenken finden, ganz dieselben Rechtsgrundsätze eintreten zu las-

<sup>1)</sup> Ueber diese einredend bestrittene Ausdehnung der Räsions-Klage sprach sich das Oberappellationsgericht in den Entscheidungs-Gründen folgendermaßen aus: „Nach der Praxis kann es „schon längst nicht mehr als controvers betrachtet werden, daß „das remedium ex L. 2. C. de rescind. vendit. nicht auf „den Fall des Gesetzes zu beschränken sey, sondern auch gegen „andere onerose Contracte erhoben werden könne.“

<sup>2)</sup> Daß dieses Wahlrecht nicht in allen zum Gerichtsbezirk des Oberappellationsgerichts gehörenden Landen existire, wird an einer anderen Stelle dieser Sammlung vorkommen.

<sup>3)</sup> Daß sie hierzu gutherrliche Consense bedürfen, gehört hier nicht zur Sache.

sen, als bei der oben erwähnten anticipirten Erbschafts=Uebertragung: die Guts=Abtretung an einen Nichtintestat=Erben kann zu einer dem Guts=Complexus schädlichen übermäßigen Belästigung nicht berechtigen.

In jenem letzteren Falle aber, wo ein Bauer=gut durch einen wirklichen, onerosen Contract veräußert wird, kann bei vorhandener *laesio ultra dimidium* die römische Klage, und zwar auch alsdann eintreten, wenn — wie in dem vom Oberappellations=gerichte entschiedenen Proceß — die Veräußerung mit einem Leibrenten= oder mit einem Alimentations=Contract verbunden war.

Es ist alsdann, gerade wie im Falle der Guts=abtretung an den Anerben, gewöhnlich, daß zum Behufe der Sustentation einige Guts=Parzellen und Zubehörungen zur lebenslänglichen Benützung vorbehalten, und außerdem gewisse jährliche Leistungen an den Vorwirth bedungen werden. Auch in dem zur Entscheidung gekommenen Falle war beides geschehen, und es entstand die Frage: ob oder in wie fern ein solches *Vitalitium* als wirkliche Leistung des Guts=Acquirenten betrachtet, und zur Glidirung der angeblichen *læsion in computum* gebracht werden könne?

Das Oberappellationsgericht sprach sich darüber in den Entscheidungsgründen folgendermaassen aus:

„Als eigentliche Leistung ist dasjenige nicht zu betrachten, was von den veräußerten Gegenständen für die Eltern des Klägers zur Benützung und re-

„spective zum Mitgebrauche reservirt worden ist: wie-  
 „wohl es, denkbar, als einige Werthsminderung des  
 „acquirirten Guts für den Beklagten in Erwägung  
 „kommen kann. Die diesernach übrig bleibenden,  
 „ad dies vitae vom Beklagten übernommenen wirk-  
 „lichen Prästationen, sind aber keineswegs so beträcht-  
 „lich, daß man, unter andern, die Behauptung,  
 „der Beklagte habe solche aus dem reinen  
 „Ueberschusse der Gutsfrüchte bestreiten können,  
 „ohne Aufwand aus eigenem Vermögen: und  
 „es sey also in der That und Wirklichkeit  
 „nur eine landübliche Alttheils-Leistung stipu-  
 „lirt gewesen,  
 „geradezu für ungegründet erklären könnte.“

Durch diese Erwägungen vermindert sich der Be-  
 lang der Leistungen eines Guts-Acquirenten, nament-  
 lich der aleatorischen Leistungen, so beträchtlich, daß  
 gegen Guts-Veräußerungen der vorliegenden Art, der  
 Regel nach, die Läsions-Klage wird begründet werden  
 können; und es ist also durch die, wenn gleich recht-  
 lich wohlbegründete, Entscheidung des Oberappellations-  
 gerichts der Reue über eine solche Veräußerung der  
 Landleute ein sehr schädlicher Spielraum gegeben; und  
 man muß also den Beamten, welche bei Errichtung  
 und Confirmation dergleichen bauerlicher Contracte ein  
 so wichtiges Wort zu reden haben, empfehlen, durch  
 gehörige Entsagung ruinirenden Processen vorzu-  
 beugen.

Da es bezweifelt werden könnte: ob eine solche  
 in den Contract aufgenommene Entsagung rechtliche

Wirksamkeit habe, und die Läsions-Klage verhindere? so wird es zweckmäßig seyn, eine vom Oberappellationsgerichte, in der Sache

Wilmerding und Consorten contra Fricke, durch das Urtheil vom 6. Mai 1817, ausgesprochene Bejahung dieser Frage mitzutheilen.

Es galt auch in solcher Sache um Aufhebung eines Leibrenten-Contractes wegen behaupteter Läsion der Renten-Nehmerin: und es war in der in die Contracts-Urkunde aufgenommenen Renunciation der Einreden, unter andern, ausdrücklich auch „die Verletzung über die Hälfte“ genannt.

Das Oberappellationsgericht erkannte diese Entfagung für rechtsbeständig, aus folgenden Gründen: „Ist es nun gleich ein unbestrittenes Rechts-Axiom, daß die Renunciation eines dem Renuncianten unbekannten Rechts unwirksam sey; so enthält doch der im Contract gebrauchte Ausdruck „Verletzung über die Hälfte“ zugleich eine Erklärung des Gegenstandes der Entfagung; und ein Mehreres kann nicht gefordert werden, indem die Erblasserin (dies war die Leibrenten-Nehmerin) großjährig und sui juris war. Wenn eine Entfagung nicht ad incogitata gezogen werden soll,

L. 19. D. de inoff. test.

L. 8. D. de hered. petit.

so ist dieses von dem vorliegenden Falle verschieden, da die in der Contracts-Urkunde gewählten Ausdrücke dasselbe Cogitatum als L. 2. C. de resc. vend. enthalten: und wenn die Leibrenten-Nehmerin sich bei

jener Clausel nichts Deutliches gedacht haben sollte, die Folgen hiervon auch ihr allein beigemessen werden können. Unter diesen Umständen wäre nun die Untersuchung der Fragen müßig: ob der hier in Frage stehende Contract von beiden Seiten als ein aleatorischer zu betrachten sey? und ob auf Leibrenten-Contracte jene L. 2. C. Anwendung finde?"

Diese damals in der Sache Wilmerding ca. Fricke zurückgehaltene Entscheidung ist nun in der Eingangs genannten Sache Bloch ca. Bechmann erfolgt; und enthalten also beide Entscheidungen zusammengenommen etwas Vollständiges.

## XVI.

Versuch einer Analyse des Instanzenwesens<sup>1)</sup>.

(Ein Sendschreiben an die Legislationen).

---

Die Bestellung höherer Gerichte zur Prüfung und Verbesserung der Entscheidungen der ihnen untergeordneten Gerichte hat den ehrwürdigen Zweck: unrichtige Anwendung der Gesetze zu vermeiden, in jedem Streite dem Rechte den Sieg zu sichern. Eine ganze Scala höherer, und noch höherer, und immer höherer Gerichte würde diesem Zwecke entsprechen.

Betrachtet man aber die Natur der richterlichen Verstands-Operationen in der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, und daß die Entscheidungen auf subjectiver Anschauung des zu entscheidenden Falles und der Gesetze beruhen, es möge vom untersten oder vom obersten Richter die Rede seyn; so kann die Vermuthung größerer Werthhaftigkeit der Urtheile der Obergerichte nur durch deren stärkere und werthhaftere Besetzung, und durch die ihnen verschaffte grö-

---

<sup>1)</sup> Ich bitte es zu entschuldigen, daß ich etwas Anderes als eine Rechtscontroverse aufgenommen habe.



ßere Ruhe und Ungeßörtheit in den Prüfungen, begründet werden.

Könnte man daher die Untergerichte im vollkommensten Maaße gleich den obersten Gerichtshöfen qualificiren; so würde dem großen Zwecke, ohne eine Instanzenleiter, genügt seyn. Die Unausführbarkeit eines solchen Instanzen-Surrogats bedarf meines Beweises nicht. Hätte ich aber auch eine andere Ueberzeugung; so würde ich's doch nicht versuchen, sie geltend zu machen: weil sie mit dem Grundvertrage unseres Deutschen Staatenbundes unverträglich ist. Ich halte es nämlich für unbestreitbar, daß in der Bundesacte vom 8ten Junius 1815 besondere Gerichte erster, zweiter und dritter Instanz vorausgesetzt und angenommen sind <sup>1)</sup>. Vorschläge zur Verbesserung des Instanzenwesens dürfen sich also an der heiligen Zahl Drei nicht vergreifen, wenn sie nicht unnütz gethan seyn wollen.

Um auch meine Idee dem Vorwurfe einer Hinausschweifung über jene positive Grenze nicht aussetzen; muß ich die Untersuchung vorausschicken:

**worin das Wesentliche der drei Instanzen bestehe.**

Den Namen „Entscheidung“ verdient nur dasjenige richterliche Urtheil, welches, vermöge der dem

---

<sup>1)</sup> Und zwar in den Worten des 12ten Artikels: „Diejenigen Bundesglieder — — — werden sich — — zur Bildung eines gemeinschaftlichen obersten Gerichts vereinigen. In den Staaten — — — wo schon jetzt dergleichen Gerichte dritter Instanz vorhanden sind etc.

Gerichte beigelegten Kraft, von den Streitenden respectirt werden muß, mithin wirklich entscheidet. Die entscheidende Kraft muß also in dem Urtheile selbst liegen: schon aus dem einzigen Grunde, weil ein Urtheil vom Richter gefällt ist, muß es zur Richtschnur unter den Streitenden dienen.

Mangelt einem Richter diese Qualität und seinem Urtheile diese Kraft; so ist er kein Richter im vollständigen Sinne dieses Worts, und sein Urtheil sinkt in die Classe eines den Streitenden gethanen Vorschlags, einer ganz unmaßgeblichen Begutachtung, herab.

Und dies ist dann in der That und Wirklichkeit die Natur der Entscheidungen aller untergeordneten Gerichte. Entscheidungen! Gerichtliche Entscheidungen! sind leere Benennungen derselben, denn ihres gerichtlichen Ursprungs ungeachtet gelten sie noch gar nichts: und jede, auch die geringste Wirkung und Rechtskraft derselben ist abhängig von der Uebereinstimmung der Parteien mit der proponirten Entscheidung, oder von deren ganz freiwilligen Beruhigung, oder von der versäumten Anrufung des höheren Gerichts —. (nicht selten, weil die Mittel dazu fehlten) — oder von der Bestätigung des obersten Gerichts <sup>1)</sup>, und zuweilen von der eigenen Be-

<sup>1)</sup> Ich habe hier nicht blos die Urtheile der untersten Gerichte, sondern aller untergeordneten Gerichte characterisirt; mithin auch die Urtheile der Mittelgerichte in allen denjenigen Sachen, worin der oberste Gerichtshof angerufen werden kann.

stätigung des erkennenden untergeordneten Gerichts <sup>1)</sup>).

Selbst die innere Vortrefflichkeit eines durch Rechtsmittel angreifbaren Urtheils verändert jenen Character nicht: denn es giebt in einer processualischen Rechtsentscheidung kein anderes Merkmaal der Werthhaftigkeit derselben, als Anerkennung der Streitenden oder des obersten Gerichts: und sogar ein unwertthafte~~s~~ Urtheil des obersten Gerichts hat den Vorzug, weil es, von der wahren und vollkommenen Richter-Qualität ausgegangen, unangreifbar ist <sup>2)</sup>).

Den untergeordneten, oder durch Rechtsmittel anfechtbaren, Urtheilen fehlt also jede selbstständige Kraft: ihre Wirksamkeit und Gültigkeit ist nicht bloß

---

<sup>1)</sup> Nur scheinbar ist dieser letztere Fall mit meiner Definition der Urtheile untergeordneter Gerichte nicht verträglich. Denn in appellabeln Sachen hängt es von dem freien Willen der Streitenden ab, ob sie, statt einer oberrichterlichen Anrufung, durch ein nicht devolutives Rechtsmittel das untergeordnete Gericht zu einem nochmaligen Urtheile hinzulassen wollen: und in nicht appellabeln Sachen erscheint selbst das unterste Gericht nicht als untergeordnetes, sondern zugleich als höchstes und wahres Gericht. Und eben diese Qualität erhält das unterste Gericht, wenn es durch die freie Wahl eines nichtdevolutiven Rechtsmittels in appellabeln Sachen, mithin durch besonderes Zutrauen, zum letzten, mit Rechtskraft erkennenden, Gerichte erwählt und erhoben wird. —

<sup>2)</sup> Wenn Unangreifbarkeit das Merkmaal eines eigentlichen Richterpruchs ist; so ist solcher nur in der letzten Instanz gebendbar. Finden daher bei einem höchsten Gerichtshofe, gegen dessen eigene Urtheile, Rechtsmittel statt; so hat selbst das höchste Tribunal nur in der letzten der bei ihm zulässigen Instanzen die vollständige Richterqualität, und seine früheren Urtheile gehören in die Kategorie der Urtheile untergeordneter Gerichte. —

abhängig von zukünftigen Ereignissen, sondern sie muß ihnen durch solche erst beigelegt werden, denn ohne Anerkennung — ausdrückliche oder stillschweigende — oder Bestätigung gelten sie noch gar nichts.

Ich erkenne es, daß ich meine Leser nur mit bekannten Wahrheiten unterhalten, vielleicht sogar gelangweilt habe: wenn aber meine Ausführung sogar einem trivialen Satze gewidmet gewesen seyn sollte; so wird mich doch seine Wichtigkeit in meinem *Ratiocinium* entschuldigen.

Wenn, nämlich, angreifbare gerichtliche Urtheile nur als unmaaßgebliche Begutachtungen erscheinen, und nur in der letzten Instanz mit Wirkung und Rechtskraft entschieden werden kann; so ist wenigstens die Unnothwendigkeit aller unter jene Kategorie nicht gehörender Richtersprüche, und damit zugleich wenigstens die Unnothwendigkeit der Instanzenzüge überhaupt unwidersprechlich dargethan; dargethan:

daß das Urtheil des obersten Gerichts genüge, und alle Urtheile der untergeordneten Gerichte unnothwendig seyen.

Dies feste Resultat war aber nicht das Ziel meiner Untersuchung, sondern ich stelle mir nunmehr die Frage auf:

sind die Urtheile der untergeordneten Gerichte, und also auch das davon unzertrennliche Appellations-Institut, nicht wenigstens nützlich?

Nützlich können die einem letzten, mit Rechtskraft ausgesprochen werdenden, Urtheile vorhergehenden unmaaßgeblichen Begutachtungen der untergeordneten Gerichte seyn:

Einmal, als Belehrung der Streitenden über eine irrige Ansicht ihres Rechtsstandes:

zum Andern, zur Bewirkung einer Vervollständigung der Rechtsvertheidigung:

und drittens, als Berathung des in letzter Instanz urtheilenden Gerichts.

Wenn wir aber diese scheinbar nützlichen Wirkungen nur etwas schärfer ins Auge fassen, und zugleich das Buch der Erfahrung darüber nachschlagen; so werden wir überzeugt, daß jene Erwägungen in einer bloßen Sinnentäuschung bestehen.

Die tüchtigsten Entscheidungsgründe verfehlen ihren Zweck bei denen, welche in böser Absicht streiten: sie müssen taub für jede Belehrung über ihr Unrecht seyn, weil ihnen die Instanzenzüge für andere Zwecke willkommen sind: und unredlicher und redlicher Gebrauch der Appellationen sind gleich unverwehrt. Es kann also nur bei denen, welche in redlicher Absicht Proceß führen, von einem Nutzen durch Belehrung die Rede seyn.

Nach der Natur der Ueberzeugungen von Recht und Unrecht, besonders wenn diese Ueberzeugungen dem eigenen Interesse zusagen, gehöret bei den streitenden Parteien und ihren Sachführern sogar die Empfänglichkeit für Gegengründe zu den Seltenheiten, und das durch Interesse aufgeregte Streben, zu ver-

theidigen und zu widerlegen, verhindert unbefangene Prüfung.

Daher sagt uns dann auch die Erfahrung: daß nur sehr wenige Urtheile der untergeordneten Gerichte, deren Gegenstand die Anrufung eines höheren Gerichts möglich macht, unangefochten bleiben: und daß, wenn dieser Fall einmal eintritt, gewöhnlich andere Beweggründe, als die durch die richterliche Entscheidung bewirkte Ueberzeugung des Unterliegenden, vorhanden sind.

Belehrung der Streitenden durch eine ansehbare Entscheidung, zum Zwecke einer Abmahnung und Zurückhaltung vom weiteren Prozesse, wird aber unnütz, wenn nur der oberste Richter entscheidet. Enthielt aber der Ausspruch des höchsten Gerichtshofes nur ein Zwischenurtheil, wo also eine Abmahnung vom weiteren Rechtsverfolge noch nützlich seyn kann; so muß ja das präsumtiv tüchtigste Urtheil des höchsten Gerichts auch zu diesem Zwecke am brauchbarsten erachtet werden<sup>1)</sup>.

Die obige zweite Erwägung, einer Verbesserung der Rechtsvertheidigung, anlangend; so liegt gerade

---

<sup>1)</sup> Die die Untergerichte bildenden Beamten können, wenn sie das vollkommen sind, was sie seyn sollen, durch Vergleichsstiftungen sich unsäglich verdient machen. In dieser wichtigen Function können sie durch kein höheres Dikasterium ersetzt werden. Daß ich diesen nützlichsten Wirkungskreis der Beamten nicht beschränken will, wird sich aus den weiter unten folgenden näheren Vorschlägen zur Ausführung meiner Idee ergeben.

in den Instanzenzügen eine Veranlassung der Vernachlässigung der Rechtsvertheidigung in der ersten Instanz. Für den Nachlässigen liegt ja ein Trost darin, daß er, im Falle eines ungünstigen Urtheils, in höherer Instanz das Versäumte nachbringen könne: und der böse Wille hält wohl gar absichtlich Vertheidigungs-Mittel bis zur höheren Instanz zurück. Die Parteien und ihre Rechtsbeistände werden auf vollständige Sachvertheidigung sorgfamer bedacht seyn, wenn sie die Entscheidung des höchsten Gerichtshofs zu erwarten haben. Und wer könnte überhaupt aus Rücksicht und zum Besten einer zuweilen eintretenden Vernachlässigung, allgemeine Institutionen zur Verzögerung und Vertheuerung der Justiz billigen!

Fragen wir aber auch hier die Erfahrung, wie es sich mit der Verbesserung der Sachvertheidigungen in den höheren Instanzen verhalte; so sagt sie uns: daß die dickleibigen Schriften in den höheren Instanzen selten eine wirkliche Verbesserung der Sachvertheidigung, gewöhnlich nur Erschwerung der richterlichen Relationen enthalten, und namentlich in der letzten Instanz häufig von der Verzweiflung und der Todesnoth der Sachvertheidigung dictirt werden.

Welchen Werth hat nun endlich die Berathung der obersten Dikasterien durch die untergeordneten Gerichte?

Durch den den höchsten Dikasterien vom Staate angewiesenen Standpunct, durch die Unangreifbarkeit ihrer Entscheidungen, und durch die diesen Entscheidungen beigelegte Gesetzkraft unter den Parteien, sind

die höchsten Difasterien, in Vergleichung mit den untergeordneten Gerichten, als vorzüglichst geeignetes vom Staate anerkannt. Wie könnte man also die Anomalie vertheidigen: die obersten Gerichte durch die untergeordneten in der Rechtsprechung berathen, ihnen den rechten Weg zeigen zu lassen! Ja ohne solche Berathungen den Ausspruch des höchsten Gerichts unmöglich, sie zur *conditio sine qua non* desselben zu machen <sup>1)</sup>!!

Bliebe aber auch von allen Erwägungen zu Gunsten untergeordneter richterlicher Urtheile ein Quentchen wahren Werths übrig, — welches Quentchen ich nicht habe entdecken können —; so würden doch Centnerlasten gegen dasselbe in die Wagschale kommen.

Welche Verzögerung der Justiz wird nicht durch

---

<sup>1)</sup> Das Bewußtseyn meiner eigenen Mängel und Schwächen darf mich von der Bemerkung nicht zurückhalten: daß die obersten Gerichtshöfe nicht blos präsumtiv, sondern in der That und Wirklichkeit, vorzüglich qualificirt sind. Der großen Regel nach, sind unsere deutschen obersten Gerichte von jeher mit den tüchtigsten Richtern besetzt gewesen. Und mit welcher Auswahl sind unsere jetzigen Oberappellationsgerichte zusammengesetzt. Namen, entweder im großen allgemeinen Vaterlande berühmt, oder Richter in dem engeren Kreise ihres Wirkens bewährt und geachtet, entsprechen dem wichtigen Zwecke und dem hohen Standpuncte ihrer collegialischen Gesamtheiten. Die Oberappellationsgerichte sind das Ziel des Strebens der Richter: die untergeordneten Gerichte sind nur ihre Bildungsschulen und derjenige Wirkungskreis, in welchem sie ihre Ansprüche auf eine höchste Richterstelle um so muthiger begründen können, da hier kein Dienstalter der Wahl des Tüchtigsten entgegensteht.



die Nothwendigkeit unvermeidlich, die Unter- und Mittelgerichte ihre vorläufigen Entscheidungsversuche machen zu lassen <sup>1)</sup>!

Zu welchen ungeheuren Justizverzögerungen — durch richterliche und advocatorische Geschäfts-Ueberhäufung und Nachlässigkeit, durch fehlerhafte Proceß-Direction u. u. — geben sie wenigstens die Veranlassung! Und zu welchen sündlichen Verschleppungen geben sie dem bösen Willen die Gelegenheit!

Besteht nicht der allergrößte Theil der Advocaten-Arbeiten in der Bestreitung und Vertheidigung untergeordneter Richtersprüche! Welche Summen müssen zur Belohnung der Advocaten, Procuratoren, Copiisten, und zur Bezahlung der Gerichts- und sonstigen Kosten aufgewandt werden, um die oberstrichterliche Bestätigung, oder Verbesserung, oder Cassation der Urtheile der untergeordneten Gerichte zu erlangen! Wie das schlechte so kann auch das gute untergeordnete Urtheil angefochten werden: das gute bedarf eben so der oberstrichterlichen Bestätigung, als

<sup>1)</sup> Am passenden Orte werde ich zeigen, daß nach Braunschweigischem Proceß sogar vier Instanzen vor der Entscheidung des Oberappellationsgerichts statthaben können. Ja! ich werde darthun: daß durch eine verderbliche, durch die Praxis geheiligte Vervielfachung der Instanzenzüge die höchste Zahl der Instanzen bis zu derjenigen, in welcher das Oberappellationsgericht unbedingt definitiv entscheidet, ins Unglaubliche steigen kann: und daß in einem durch die Registratur des Oberappellationsgerichts beurkundeten Falle schon acht Instanzenzüge, und in demselben vier und zwanzig Instanzen und Urtheile stattgehabt haben, und dennoch die Finalentscheidung noch im weiten Felde stehe!

das schlechte der Verbesserung: warum soll nun der oberste Richter diejenige Entscheidung nicht selbst und zuerst aussprechen, die ohne seine Bestätigung nichts gilt! Warum will man zu Fehlern Gelegenheit geben, um dadurch die Nothwendigkeit einer Verbesserungs-Anstalt herbeizuführen! Und warum will man daher nicht, mit Uebergang aller Rechtsprechungs-Versuche, den höchsten Gerichtshof seine allein geltende Meinung zuerst aussprechen lassen!

Schlagen wir endlich noch einmal das Buch der Erfahrung auf, so finden wir: daß in den untergeordneten Instanzen oft sogar das materiale Recht zu Grunde geht, indem gar häufig die obergerichtliche Rechtsprechung durch fehlerhafte und unpassende Zwischen-Urtheile gelähmt wird. Diese Erwägung verliert nichts von ihrer Wichtigkeit durch die Gegenbemerkung: daß ja auch alle Interlocute, welche auf die Hauptentscheidung Einfluß haben, durch Rechtsmittel angefochten werden können. Denn welcher Nichtjurist kennt nicht die Wichtigkeit solcher Interlocute, und daß sie etwas mehr als unpräjudicirliche bloße Vorbereitungen des Haupturtheils seyen. Der Landmann, der Bürger und jeder, dem es an Vermögen fehlt, geht ohne Rechtsbeistand zutrauensvoll vor das Untergericht, und bis zur Hauptentscheidung hält er den Trost fest, appelliren zu können: aber zu spät wird er oft gewahr, daß die Bedingungen des Siegs schon felsenfest standen. Oder ist jeder, welcher mit einem vom Staate für tüchtig anerkannten Berather

versehen ist, gegen nicht gute Rechtsvertheidigung gesichert! Mögen auch präjudiciale Rechtsformen und ihre Einwirkung auf das materiale Recht unvermeidlich seyn: und möge namentlich die Rechtskraft der Interlocute zur Metaphysik unsers bürgerlichen Processes passen; so läßt sich doch diese Rechtskraft, in legislativer Hinsicht, nur in so weit vertheidigen, als sie wirklich unvermeidlich ist. Vermieden werden aber jene tückischen Wirkungen derselben, wenn nur der oberste Richter die Bedingungen des Siegs festsetzen, seine eigene Hauptentscheidung selbst vorbereiten, und also auch nur von ihm das Zwischenurtheil ausgehen darf.

Und vermieden wird hierdurch zugleich die, durch die Rechtskraft der Interlocute begründete, Anomalie: daß die höchsten Dikasterien sich von den subordinirten Gerichten den Weg zur Beurtheilung des Rechts müssen anweisen lassen, und diesen Weg, er möge der richtige oder ein Irrweg seyn, durchaus nicht verlassen dürfen. Für ein oberstes Dikasterium, mit dem Bewußtseyn seines hohen Zwecks und Standpunktes, kann es keine härtere Pflicht geben, als ein unpassendes unterrichterliches Beweis-Interlocut zum Fundamente seiner Entscheidung legen, und so das Unrecht frönen zu müssen.

Ist nun aber der Vorschlag: „immer nur das oberste Gericht urtheilen zu lassen“ mit dem Rechte dreier Instanzen zu vereinbaren?

Nachdem ich bewiesen habe, daß, der Instanzen

ungeachtet, immer nur ein wirkliches Gericht möglich sey: und daß das sogenannte Instanzenrecht nur darin bestehe,

dem allein geltenden Urtheile des obersten Gerichts die unmaaßgeblichen Begutachtungen, oder bloßen Rechtsprechungs-Versuche vorhergehen zu lassen:

mithin ein solches Institut den Namen eines Rechts nicht verdienen, und nur in einer zweckwidrigen und unverständigen Belästigung und Justiz-Erschwerung bestehe; so bleibt von der Anordnung dreier Gerichte als Realität nur Folgendes übrig.

Alle Rechtsstreitigkeiten sind, nach Maaßgabe der Wichtigkeit oder der Natur ihrer Gegenstände, in drei Classen eingetheilt: die unterste dieser Classen gehört ausschließlich für die Gerichte erster Instanz: für die zweite Classe sind die Mittelgerichte, als die wahren mit ganzer Rechtswirkung erkennenden Gerichte, bestellt: und in der höchsten Classe tritt das Urtheil der Oberappellationsgerichte ein.

Jedes der drei Gerichte erscheint also in in seinem Ressort als wahres Gericht, und selbst das Mittelgericht und das Untergericht in dem ihrigen als oberste Gerichte.

Hieraus folgt aber die unverständige Anordnung nicht, in den Sachen der zweiten Classe einen Urtheils-Versuch des Unterrichters der wirklichen Entscheidung vorangehen zu lassen, und in den Sachen der dritten Classe die wahre Entscheidung so lange unmöglich zu machen, bis jener Versuch von den

beiden untergeordneten Gerichten gemacht worden ist.

Um nun zu zeigen, daß die Entfernung solcher Justiz-Umwege mit der Organisation unseres Justizwesens verträglich sey, und keine Veränderung desselben nöthig mache; so gehe ich zu den Vorschlägen der zur Ausführung nöthigen Anordnungen über. Sie sind folgende:

1.

Um alle Appellationen unnöthig zu machen, entscheidet immer nur dasjenige Gericht, welches dem Gegenstande der Sache nach bisher in höchster Instanz competent war.

2.

Die Prozesse werden von demjenigen Gerichte bis zur Entscheidung instruiert, welches bisher auch zur Entscheidung berechtigt war <sup>1)</sup>.

3.

Sobald die Instruction vollendet ist, oder auch wenn über die Proceß-Instruction durch erfolgten Widerspruch eine entscheidende Verfügung nöthig wird; müssen die Acten an das zur Entscheidung competente Gericht eingesandt werden.

4.

In Sachen, in welchen, ihrem Gegenstande nach, auch sonst nicht hätte appellirt werden

---

<sup>1)</sup> Privilegirte Gerichtsstände für Personen oder Sachen bleiben also unangefastet.

können, verbleibt dem den Proceß instruirenden Gerichte auch die ausschließende Entscheidungs-Befugniß.

## 5.

Wenn die Parteien über die Entscheidungs-Competenz uneinig sind, so ist die Versendung der Acten gemäß des Verlangens derjenigen Partei zu bewirken, welche ein höheres Gericht für competent hält. Diesem höheren Gerichte steht die Entscheidung des Competenzpuncts ausschließend zu.

## 6.

Die Publication und Vollstreckung der Entscheidungen, so wie etwaige dadurch vorgeschriebene weitere Sachinstructionen, gehören für die erste Instanz.

Es wird der Bemerkung kaum bedürfen: daß ich hier keinen umfassenden Gesetzworschlag habe redigiren, sondern nur Grundzüge habe angeben wollen.

Dagegen halte ich die Bemerkung für nothwendig: daß ich zwar die Unzweckmäßigkeit vorläufiger Entscheidungen untergeordneter Gerichte, und somit die Entbehrlichkeit aller Appellationen, nicht aber die Verwerflichkeit oder Unrathlichkeit einer nochmaligen Prüfung des oberstrichterlichen Urtheils durch das oberste Gericht, zu beweisen versucht habe. Letzteres liegt außer dem Bereiche meiner Gründe: und da auch bei einem vorzüglichst qualificirten Gerichtshofe der Glaube an dessen Infallibilität nicht verlangt werden kann; so muß ich Eine Revisions-Instanz

bei dem erkennenden obersten Gerichte für sehr zweckmäßig halten.

Damit scheint mir aber die Vorsorge des Gesetzgebers für eine gute Justizverwaltung genug zu thun: denn auch von noch mehreren wiederholten Urtheils-Revisionen kann ihre menschliche Natur nicht entfernt werden.

Wie soll es aber — höre ich mich von allen Seiten her fragen — mit den Nichtigkeits-Beschwerden gehalten werden?

Da ich das besondere Kapitel, welches ich dem so unsichern und krankhaften Institute der Nichtigkeits-Beschwerden gewidmet habe, hier nicht einschalten kann <sup>1)</sup>; so antworte ich auf jene Frage einstweilen: daß meine Vorschläge und die damit verträglichen Justiz-Organisationen es nicht verhindern, das Nichtigkeits-Beschwerden-Unwesen fortbestehen zu lassen.

Wenn übrigens den Untergerichten die Fähigkeit genommen wird, irgend etwas zu verfügen, wodurch eine ihnen nicht zukommende Entscheidung bedingt wird; so kann nur von Nichtigkeits-Beschwerden gegen oberrichterliche Verfügungen und Entscheidungen die Rede seyn, und wird hierdurch also von selbst der größte Theil der Nichtigkeits-Beschwerden als devolutiver Rechtsmittel ausgeschlossen.

---

<sup>1)</sup> Es kann solches Kapitel erst in den zweiten Theil der Controversen-Entscheidungen aufgenommen werden.

Es bedarf keiner oratorischen Künste, um Unbefangene meiner Idee geneigt zu machen; wie geringe wird aber die Zahl unbefangener Beurtheiler seyn! Der Name „Appellation“ ist mit dem juridischen Denkvermögen verwachsen: und ich glaube wohl, daß man im ersten Aufbrausen des Justizeifers den zum Narrenhause reif erklären werde, der die Behauptung aufstellt, daß es eine gute Justizverwaltung ohne Appellation geben könne.

Aber auch die Befangensten — wenn sie sich dazu verstanden haben sollten, die Entwicklung einer scheinbar excentrischen Idee zu lesen — werden mir zugeben, daß die hochheiligen Appellationen nur in Bestreitung unnützer Rechtsprechungs-Versuche bestehen: und daß mit der rathlichen Entfernung eines solchen Justiz-Possenspiels kein Sicherungsmittel gegen dasselbe mehr nöthig sey.

Den Stand der Richter werde ich am leichtesten gewinnen: denn ihr eigenes Interesse geht hier mit dem des Gemeinwesens Hand in Hand. Die Gerichte erster und zweiter Instanz werden aller der Entscheidungen enthoben, die an das oberste Diskasterium erwachsen sind: und ich glaube nicht zu viel zu behaupten, wenn ich die Zeitersparung der Gerichte erster und zweiter Instanz auf ein Dritttheil oder gar die Hälfte der ganzen Arbeitszeit anschlage. Keinem Zweifel ist es aber unterworfen, daß diese Gerichte nicht nur der schwierigsten, sondern auch der unangenehmsten Arbeiten überhoben würden. Denn welch ein Geschäft muß es seyn, einen, seiner Natur nach,



kräftlosen Rechtspruch entwerfen zu müssen, der bloß den Zweck hat, als Zankapfel zwischen die Parteien geworfen zu werden! Urtheile aussprechen zu müssen, bloß um dem Scharfsinne und dem Satyr u. der Advocaten Gelegenheit zu geben, sich daran, auf Kosten ihrer Clienten, zu versuchen: Urtheile in der Ueberzeugung ausarbeiten zu müssen, daß der geringste Verstoß, sey es auch nur in der Fassung, ausgehoben, und zur Schau ausgestellt werde u.

Nur das oberste Gericht hat einige Sachen mehr zu entscheiden, nämlich diejenigen, welche etwa im Laufe der vorhergehenden Instanzen liegen bleiben, oder verglichen werden, und endlich diejenigen, welche wegen Armuth der unterliegenden Partei nicht bis ans oberste Gericht gelangen.

Dieser letzte Theil des Arbeits-Zuwachses würde sehr belohnend seyn: denn wie schrecklich muß es für denjenigen, der nicht pauper im Juridischen ist, und seiner Verhältnisse wegen nicht als solcher erscheinen darf oder mag, seyn, wegen Mangel an Mitteln sein geglaubtes Recht nicht bis zum obersten Gerichte verfolgen zu können!

Dagegen liegt eine Erleichterung des obersten Gerichts darin, daß dasselbe nicht mehr Fehler der untergeordneten Gerichte zu verbessern hat.

Endlich wird das Mittelgericht und besonders das oberste Gericht nicht mehr durch Actenstöße erdrückt: denn die Proceß-Instructionen geschehen in erster Instanz. Wenn ich aber auch nicht in An-

schlag bringen will, daß die ungeheuren Acten-Gebunde die Richterarbeiten erschweren: ja wenn ich nicht einmal die Geldsummen bedenken wollte, welche diese Acten-Volumina den Parteien kosten; so dürfte ich doch nicht unerwogen lassen, daß sie sogar auf die Entscheidungen nachtheilig einwirken.

Den Beweis dieser auffallenden Behauptung darf ich nicht schuldig bleiben. Durch den Referenten und Correferenten werden die Dikasterien zu der Beurtheilung instruiert: die Vota in den Abstimmungen sind also bedingt durch die angehörten oder gelesten Vorträge aus den Acten, denn nur selten kann das Selbstlesen der Acten allen Gerichtsmitgliedern zur Pflicht gemacht werden. Aber auch angenommen, daß Referenten und Correferenten voluminöse Acten immer mit gewissenhafter Treue läsen, und nicht gemüßig durch bloßes Beriechen corpulenter Schriften und ganzer Actenstöße deren Inhalt einnehmen; so bleibt doch eine treue, und dennoch compendiöse und klare Mittheilung der oft chaotischen Massen des Eingekommenen eine eben so schwierige Aufgabe, als diejenige ist, bei Anhörung langer Proceß-Relationen das thierische und das geistige Ohr vollkommen wach zu erhalten. Kürze im Referiren ist sehr schätzenswerth und angenehm; sie wird aber leicht zum noch größeren Fehler, weil die Beflissenheit auf Kürze unbemerkt die Treue benachtheiligt: indem jene den Referenten auf die von ihm für beachtungswerth gehaltenen Vertheidigungs-Gründe sich beschränken läßt

— gleichsam als wären die Sachvertheidigungen für den Referenten geschrieben — und also den Diskasterien nur diejenigen Gründe der Parteien bekannt werden, welche die Auswahl der Referirenden ihnen zukommen läßt. Ich glaube hiermit genugsam bewiesen zu haben, wie nachtheilig die durch Appellationen angehäuften Acten selbst für die Entscheidungen seyn können: und es ist mir lieb, hier abbrechen zu dürfen, und die berührten Diskasterial-Krankheiten nicht schärfer untersuchen zu müssen.

Sehr feindlich berühren aber meine Vorschläge das Interesse des wahrhaft achtungswerthen Standes der Rechtsvertheidiger: denn die Appellationen sind eine Hauptquelle ihres Erwerbes. Unter der großen Mehrzahl der vollkommen achtungswerthen Männer dieses Standes, welche gewohnt sind, der Pflicht der Vertheidigung der Wahrheit unrückichtlich zu genügen, wird es mir aber an Vertheidigern nicht fehlen: und solche Vertheidigungen, im Widerspruche mit eigenem Interesse, müssen einen vorzüglichen Werth haben.

Es verdient aber das Interesse der Richter und Advocaten kaum eine Erwähnung neben der Rücksicht auf das Gemeinwohl.

Denn es gilt hier um Beschleunigung der Rechtsprechung, also um etwas Unschätzbares: es gilt um eine große Erleichterung der um ihr Recht Streitenden, also um etwas Unschätzbares: ja es gilt um eine sehr beträchtliche neue Sicherung des wirklichen Rechts — nämlich: durch die Fallstricke so

vieler hinwegfallender Proceß-Förmlichkeiten nicht beschädigt zu werden — also um eine wahre Verbesserung des Proceßes und der Rechtsprechung, und mithin um etwas Unschätzbares.

Und wie gemeinnützlich könnte, endlich, die geschilderte Geschäfts-Verminderung der Mittelgerichte, und der Gerichte erster Instanz werden! Man kann wohl als Regel annehmen, daß den Untergerichten allenthalben ein tüchtiges Pensum zugetheilt worden ist<sup>1)</sup>: und es werden so laut beklagte Verzögerungen der Justiz und in andern Geschäftszweigen nicht der Nachlässigkeit, sondern — und wenigstens der Regel nach — einer wirklichen Geschäfts-Ueberhäufung zugeschrieben werden müssen: indem auch da große Wünsche übrig bleiben, wo sich ausgezeichnet fleißige Beamten zu Märtyrern ihrer Berufspflichten machen.

Man erlasse nur die nutzlosen, ja schädlichen Rechtsprechungs-Versuche, um Promptheit in allen Geschäftszweigen der genannten Gerichte erster Instanz mit Recht erwarten, und also auch mit Strenge fordern zu können. Was würde aber — namentlich — dem Herzoglich Braunschweigischen Landesgerichte (dem Mittelgerichte) von seinen jetzigen Justiz-Geschäften übrig bleiben?

Erstens, die Criminal-Entscheidungen im bisherigen Maße, und, zweitens, die Civil-Proceße, deren Gegenstand 100 Rthlr. übersteigt und 500 Rthlr.

---

<sup>1)</sup> Von den Braunschweigischen Districtsgerichten und den Waldeckischen Ober-Justizämtern ist mir dies bekannt.

nicht erreicht, und zwar nur die Entscheidungen in diesem kleinen Ressort, aus den in erster Instanz instruirten Acten. Das genannte Landesgericht würde also so beträchtlich erleichtert werden, daß dasselbe <sup>1)</sup> zu einem eigenen und wirklichen Obervormundschafts-Collegium, mit dem vollkommensten Geschäfts-Umfange eines solchen Collegiums, erhoben werden könnte, dessen Mangel im hiesigen, so behördenreichen, Herzogthume fühlbar geworden ist: indem hier — wie allenthalben, wo es an einer obersten Behörde dieser Art fehlt — die Obforge über die unter der Oberaufsicht des Staats stehenden Curatelen jeder Art von andern, durch Privat-Interesse stärker controlirten und betriebenen, die Beamten allein und überhin beschäftigenden Arbeiten zurückgedrängt, und so endlich als eine Nebensache behandelt, und für, vergeblich erwartete, Geschäftsmühe aufgespart wird und bleibt.

Hat nicht zu lebhaft Ueberzeugung die Augen des Verständnisses mir geblendet; so können meine Proceß-Verbesserungs-Vorschläge nicht zu Grunde gehen, sie müssen ins Leben treten, wenn gleich — dem gewöhnlichen Gange der Dinge gemäß, und besonders entsprechend deutscher Bedachtsamkeit und Besonnenheit — erst dann, wenn ich, und zwar bloß

---

<sup>1)</sup> Statt der dem Landesgerichte im §. 3. der Verordnung vom 15ten Jan. 1814 „anempfohlenen Aufmerksamkeit auf das Vormundschaftsweisen bei den Kreisämtern.“

meiner guten Absicht und des Werths meiner Vorschläge wegen, längst von den seligen Vätern aufgenommen seyn werde <sup>1)</sup>.

Bei den Discussionen unsers Oberappellationsgerichts über den ihm aufgetragenen Entwurf einer Oberappellationsgerichts-Ordnung war ich hoch erfreut, als es mir gelang, die Aufnahme des §. 119 zu bewirken, welcher lautet:

„In Sachen, die ihrem Gegenstande nach an  
 „das Oberappellationsgericht erwachsen sind,  
 „ist es den Parteien erlaubt, in sofern sie  
 „zu transigiren vermögen, durch Einreichung  
 „einer in authentischer Form abgefaßten Ue-  
 „bereinkunft, den Ausspruch des Ober-  
 „appellationsgerichts in erster und  
 „letzter Instanz nachzusuchen.“

Auf den ersten Blick könnte eine solche Eröffnung eines unmittelbaren Wegs zum obersten und einzigen Gerichte für ein *medium quod tennere beati* gehalten werden: und es liegt allerdings in der Mitte zwischen der schädlichsten Krankheit unsers Justizwesens und deren Radical-Cur; faßt man es aber schar-

<sup>1)</sup> Die Natur der Entscheidungen untergeordneter Gerichte liegt so klar am Tage, und aus dieser Natur folgt mein Vorschlag so unmittelbar, daß ich mir nicht einbilden kann, ich hätte ihn zuerst gethan. Ich versichere aber, daß ich keine Copie geliefert habe, und eines Plagiums nicht schuldig bin; und es muß daher die Vergleichung des reinen und unpolemischen Products der Meditationen mehrerer Köpfe über einen und denselben Gegenstand von besonderem Interesse seyn.

fer ins Auge, so erscheint es als eine wirkungslose Mittelmäßigkeit. Denn es wird nur, und es kann nur, jene Erlaubniß benützt werden, wenn — erstens — beide Parteien mit gleicher Ueberzeugung streiten, das Recht auf ihrer Seite zu haben: — zweitens — wenn jede Partei glaubt, gerade bei dem obersten Gerichte den Sieg davon zu tragen — denn wenn auch nur eine Partei am guten Ausgange zweifelt, so wird sie ihr ganzes Interesse nicht auf eine einzige Charte setzen, und sie muß verständigerweise sich die Gelegenheit erhalten, durch Appellationen den Gegner wenigstens zu einem Vergleiche zu vermögen: und — drittens — wenn beide Parteien die Beeilung der Entscheidung wünschen müssen: und — endlich — wenn auch die Rechtsbeistände beider Parteien jener Ueberzeugung, jener Hoffnung und jenem Interesse ihrer Clienten aufrichtig beistimmen.

Eine solche Uebereinstimmung in einem einzigen dieser Punkte gehöret schon zu den Seltenheiten, und ein Zusammenstimmen in allen jenen Punkten bleibt kaum denkbar: und da nun schon durch die Disharmonie in einem einzigen der aufgezählten Erfordernisse jener Gesetzesvorschlag vereitelt wird; so ist seine Unbedeutenheit nicht zu verkennen, und ich kann kaum noch die gute Absicht loben, die mich antrieb, denselben zu bewirken.

Uebrigens folgt aus jenem §. 119 eine Anerkennung der Zweckmäßigkeit meines jetzigen Vorschlags: denn die Ueberzeugung einer Gesetzgebung, daß eine den Parteien angerathene Proceß-Abkürzung

räthlich und verständig sey, begründet mehr als eine bloße Berathung und Gestattung.

Daß ich nicht gemeint gewesen sey, die auf ganz anderen, und heiligen, Rücksichten beruhenden Appellationen in Criminalsachen anzufechten, muß ich, wenn gleich unnöthig, aus schuldigem Respect gegen dieselben, erklären.

---



## XVII.

## Ueber Remission der Processse zur ersten Instanz.

(Ein zweites Sendschreiben an die Legislationen.)

Wenn ich mich aufgefordert fühlen durfte, im vorhergehenden Sendschreiben, die Legislationen auf die Schädlichkeit des ganzen, übrigens gesetzmäßigen, Appellations-Instituts aufmerksam zu machen zu versuchen; so darf ich wohl noch weniger eine ungemessene Vervielfältigung der Appellationen verschweigen, welche aus einer übeln Praxis hervorgegangen, und zu einer wahren Krankheit unsers Processses geworden ist.

Es bestehet diese Praxis darin: daß die Processse — es möge unser Oberappellationsgericht bestätigend oder abändernd, definitiv oder interlocutorisch erkannt haben — ohne alle Ausnahme zur ersten Instanz remittirt werden.

Die Frage: von welchem Gerichte die Vollstreckung der Urtheile verfügt werden müsse? hat keine allgemeine processualische Wichtigkeit, denn sie berührt hauptsächlich nur das Interesse der Gerichtsmitglieder

in Hinsicht der mit der Rechtshülfe verbundenen Sporteln, und namentlich der barbarischen Hülfselder, und also nur da, wo noch die Gerichte auf den Sporteln-Säckel angewiesen, nicht da, wo sie nur auf fixe Besoldungen berufen sind.

Sehr wichtig ist hingegen die Frage:

für welches Gericht gehöret die weitere Entscheidung, wenn von den Obergerichten reformatorisch ein Zwischenurtheil ausgesprochen ist?

Denn wenn zu solchem Zwecke — also nicht bloß zur weiteren Sachinstruction, sondern auch zur Entscheidung — die Sachen zur ersten Instanz remittirt werden; so sind dadurch neue Instanzenzüge eröffnet, während solche vermieden werden, wenn der Oerrichter in Folge seines Zwischenurtheils den Proceß behält, und das Endurtheil fällt.

Unserm gemeinen Proceß dienen hier folgende drei Texte des Canonischen Rechts zur Richtschnur:

C. 59. X. de appellat. etc. (2 — 28) „ — — Cum autem ex rationabili causa putaverit appellandum, — — — tali videlicet, quae, si foret probata, deberet legitima reputari, superior de appellatione cognoscat. Etsi minus rationabiliter eum appellasse constiterit, illum ad inferiorem remittat, — — *alioquin ipse procedet.*“

C. 61. eod. tit. in fine: „Appellationis causa coram superiore probata, superior suae jurisdictionis officium exequatur. Sed si appellans in

ejus probatione defecerit, ad eum, a quo ipse malitiose appellasse constiterit, remittatur.“

C. 5. de appellat. 6. (1 — 25) „Cum appellationibus frivolis nec justitia deferat, nec sit a iudice deferendum, si iudex inferior appellationem minus legitimam non admittat, eam appellatore nihilominus prosequente, superior de ipsa cognoscens, causam ad priorem iudicem (juxta sanctiones canonicas) sine difficultate remittat —. Si vero iudex admittat eandem, licet tam appellatio, quam ipsius iudicis delatio, a superiore valeant refulari, quia tamen iudex ipse, quantum in se fuit, a se jurisdictionem abdicavit eandem appellationi deferens minus juste, *totius causae decisio in superioris est potestate transfusa, nec est illi causa de necessitate ulterius remittenda*, salvo iis quae super appellationibus post sententiam <sup>1)</sup> interpositis sunt statuta.“

Man kann es für ausgemacht annehmen, daß in diesen Gesetzen der Satz begründet sey: daß in Folge abändernder Entscheidungen die Sache in der oberen Instanz bleibe, daselbst fortgesetzt, entschieden, und nicht remittirt werde <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Videlicet, post sententiam definitivam.

<sup>2)</sup> Danz in den Grunds. des gem. orb. bürgerl. Proc. S. 418 sagt: „Wenn der Oberrichter das gravirende Zwischenurtheil ganz, oder zum Theil abändert; so gehört nunmehr die Hauptsache

Als alleiniger Dissident erscheint Gönner im Handb. des gem. Proc. III. 60. §. 35, wo derselbe, in warmer Vertheidigung des Rechts der ersten Instanz, Folgendes lehrt: „Auch die Wirkungen der „Appellation müssen diesem höheren Gesetze — (der „ersten Instanz) — untergeordnet werden, und wenn „nur die Appellation einen Rechtsstreit an den oberen „Richter bringt, so kann dessen Gerichtsbarkeit nicht „weiter begründet, die erste Instanz nicht weiter um- „gangen werden, als der Zweck der Appellation „forderte; alles gerichtliche Verfahren ist bedingt durch „seinen Zweck, und von Rechtsmitteln kann nichts „anders gelten.“

Wer wird dem verehrten Proceßlehrer den Satz nicht zugeben wollen: daß die Wirkungen der Appellationen begrenzt seyen, durch den Zweck der Appellationen.

„für ihn: im Falle der Bestätigung hingegen wird diese an „den Unterrichter zurückgewiesen.“ Cf. etiam §. 431. Es bedarf keiner Ausführung, daß dasselbe um so mehr alsdann eintreten müsse, wenn der Oberrichter an die Stelle des unterrichtlichen Endurtheils ein Zwischenurtheil setzt. — Nachdem Martin im Lehrb. des gem. Proc. §. 280, im Fall: von bestätigenden Urtheilen oder Ordinationen des Oberrichters, den Proceß remittirt wissen will, sagt er: „Bei jeder andern Art von abändernden Erkenntnissen hingegen, „bleibt die Sache in oberer Instanz, wird dort fortgesetzt, „entschieden und erequirit.“ — Damit stimmen überein: *Pütter nov. epit. proc. imp.* §. 204. — *Tasfner inst. jurispr. cam.* §. 639 — 642. — *Idem in select. jur. cam. obs.* 23. p. 109. — *Hanzely Anleit. zur neuest. R. Gesf. Pr.* §. 1126. — *Samml. merkiv. am R. N. Cammerger-entschied. Rechtsfälle* (Hofcher) B. IV. nr. IV.

Hören wir nun aber, welche Folgerung Gönner hieraus zieht, indem er fortfährt: „War also der „Gegenstand der Appellation nur ein simples Zwischenurtheil; so ist von der Hauptsache gar nichts „an den Obergerichter devolvirt; hier muß demnach die „Hauptsache an den Unterrichter zurückgewiesen werden, weil man sonst den Parteien in der Hauptsache die erste Instanz entzöge.“

Gönner hat hier Zweck und Gegenstand mit einander verwechselt: in seinen Prämissen wurde die Gerichtsbarkeit des Obergerichters durch den Zweck der Appellation begränzt, und nun soll der Gegenstand einer Appellation den Umfang der Wirkung derselben bestimmen.

Die Irrthümlichkeit dieser Folgerung springt in der Anwendung noch mehr in die Augen. Wenn, nämlich, gegen ein Interlocut zu dem Zwecke appellirt wird, um an dessen Stelle eine definitive Entscheidung zu bewirken: und der Obergerichter in diesem ganzen Umfange die Appellation für begründet hält; so würde derselbe — nach Gönner, an den Gegenstand (eine interlocutorische Entscheidung) gebunden — sein rechtliches Endurtheil dennoch nicht aussprechen dürfen, sondern das angefochtene Interlocut nur verwerfen, und dem judex a quo aufgeben müssen: ein anderes und zwar definitives Urtheil zu fällen.

Das wäre also eine französische Cassation, und noch dazu mit der — nicht französischen — Zugabe eines Gewissens-Zwanges des Unterrichters:

denn der Unterrichter müßte nun, wenn gleich seiner Ueberzeugung zuwider, nothwendig definitiv entscheiden, und zwar, entweder auf gut Glück, oder er müßte eine ihm vom Oerrichter in den Mund gelegte Entscheidung, als die Seinige, die es aber nicht ist, aussprechen.

Es würde beleidigend seyn, Gönnern solche Behauptungen zuzuschreiben; ich mußte aber sein Ratiocinium auf die Probe stellen, weil derselbe mit dürrn Worten sagt: „War also der Gegenstand der „Appellation nur ein simples Zwischenurtheil; so ist „von der Hauptsache gar nichts an den Oerrichter „devolvirt.“ Ich möchte Gönnern gern durch den von ihm gebrauchten Ausdruck „simples“ Zwischenurtheil vor einer Critik bewahren; es kann aber doch Gönner unter dem Ausdrucke „simples Zwischenurtheil“ keine solche simple Verfügung (keinen schlechten Bescheid) verstanden haben, welche mit der Entscheidung der Sache in gar keinem Bezuge steht, auf dieselbe keinen Einfluß hat, sie nicht bedingt, und sich also zu einem Gegenstande einer wirklichen Appellation nicht eignet: oder wenn gegen eine unpassende Verfügung solcher Art der Oerrichter durch eine Appellation angerufen seyn sollte, der Unterrichter vermittelst einer proceßleitenden Ordination auf den reellsten Weg gewiesen wird. Gönner bezieht sich nicht auf die obigen, das Recht der ersten Instanz beschränkenden, Gesetze; wohl aber auf die Praxis der ehemaligen Reichsgerichte, verhis: „Dies erkennen „selbst die höchsten Reichsgerichte, da sie bei offenbar

„gegründeten Beschwerden über das Verfahren des  
 „Richters, statt der gebetenen Appellations-Processe,  
 „die Sache mit einer Ordination, welche immer  
 „eine Art von abänderndem Erkenntniß ist, an den  
 „Unterrichter so häufig zurückwiesen.“

Dies ist ein Schluß a minori ad majus: denn  
 wenn es Fälle giebt, wo eine Abänderung durch Or-  
 dination mit Remission der Acten zulässig und zweck-  
 mäßig seyn kann; so folgt daraus — Gönners Satz  
 — nicht, daß der Oerrichter im Falle eines Zwischen-  
 urtheils die Sache remittiren müsse, wegen seiner  
 Incompetenz remittiren müsse. Daß die Ordi-  
 nationen immer mit Remission der Sache verbun-  
 den sind, dieß zeichnet sie gerade von abändernden  
 Urtheilen aus; und so bilden sie eine Ausnahme  
 von der Regel, quae firmat regulam.

Und so sind auch die Ordinationen von den vor-  
 hin allegirten Schriftstellern ausgezeichnet. Gönners  
 Theorie entfernt sich daher von den Gesetzen, steht  
 als singular da, und hat den obigen Satz nicht er-  
 schüttern können: daß, in Folge abändernder Urtheile,  
 die Sache in der oberen Instanz bleibe, daselbst fort-  
 gesetzt und entschieden werde.

Die Braunschweigische Proceß-Verordnung vom  
 3. Febr. 1814. §. 12. gab nun aber wenigstens die  
 Veranlassung zu der Praxis, welche ich hier anzu-  
 flagen habe.

Folgendes ist die Gesetzstelle: „Die Vollstreckung  
 „der Erkenntnisse sowohl der Appellations-Commis-

„sion <sup>1)</sup> als des Landesgerichts <sup>2)</sup> gehört in allen  
 „Fällen vor das Kreisgericht, welches in der Sache  
 „in erster Instanz competent gewesen <sup>3)</sup>. Dieses ist,  
 „nach erfolgter rechtskräftigen Entscheidung, auf An-  
 „rufen der Parteien von dem Obergerichte anzuweisen,  
 „welches in letzter Instanz erkannt hat.“

„Zu dieser Vollstreckung gehört auch der  
 „Fall, wenn durch ein abänderndes Erkennt-  
 „niß ein ferneres Verfahren veranlaßt wird,  
 „indem dieses jederzeit vor dem Kreisgerichte  
 „zu verhandeln ist.“

Der ganze Inhalt dieser Gesetzstelle verdient Lob,  
 wenn man nur das darin findet, was darin liegt.

Die Appellations-Commission gab ihr aber eine  
 wirklich beklagenswerthe Auslegung: indem sie nicht  
 nur die in Folge eines abändernden Urtheils nöthige  
 weitere Verhandlung — (gleichbedeutend mit Pro-  
 ceß-Instruction) — sondern auch die weitere  
 Entscheidung zur ersten Instanz verwies, und somit  
*totam causam remittirte*.

Wenn ich auch nicht behaupten mag, daß ein  
 Bestreben, so viel und so lange als möglich Entschei-  
 dungen von der Hand zu weisen, an einer solchen

<sup>1)</sup> An die Stelle der provisorisch angeordnet gewesenen Appella-  
 tions-Commission ist das Oberappellationsgericht eingetreten.

<sup>2)</sup> Des Braunschweigischen Mittelgerichts.

<sup>3)</sup> Als Gerichte erster Instanz waren für die Städte Braunschweig  
 und Wolfenbüttel Stadtgerichte angeordnet. Nicht beschränkend,  
 sondern aus Versehen sind hier bloß die Kreisgerichte als Ge-  
 richte erster Instanz ernannt. Jetzt hat das Herzogthum die  
 Districtsgerichte zu Gerichten erster Instanz.



Gesetzesauslegung Antheil gehabt habe; so muß ich doch behaupten, daß sie mit dem Zwecke einer Beschleunigung der Rechtsprechung unverträglich sey; welcher Zweck in der neuen Braunschweigischen Proceßgesetzgebung bei allen einzelnen Bestimmungen in die Augen springt, und im §. 2 der vorhin genannten Verordnung ausdrücklich eingeschärft ist, verbiß: „Beschleunigung des processualischen Verfahrens, ohne „Nachtheil hinlänglicher Erörterung der Sache, ist „zum Besten der Unterthanen vor allen Dingen zu „berücksichtigen.“

Langsamkeit des processualischen Verfahrens überhaupt, und namentlich Verzögerung des letzten mit Rechtskraft ausgesprochen werdenden Urtheils durch eine übermäßig lange Instanzenleiter, dies waren die von der Gesetzgebung gehörig beherzigten Fehler des Altbraunschweigischen Processes: und sie hat sich die Verbesserung dieses Fehlers wahrhaft angelegen seyn lassen; ihr Bestreben ist aber durch die hier von mir betrachtete Praxis nicht nur zu einem beträchtlichen Theile vereitelt, sondern in den unter solcher Praxis begriffenen Fällen das Uebel noch ärger gemacht. An die Stelle übermäßig vieler, jedoch zählbarer, Instanzen, sind nunmehr ungemessene ganze Instanzenzüge eingetreten!

Durch eine beliebige Aufzählung successiv möglicher nicht definitiven Urtheile würde dies bewiesen werden: denn mit jedem reformatorischen Zwischenurtheile beginnt ein neuer Instanzenzug: und die Zahl solcher Zwischenurtheile hängt ab von der Beschaffen-

heit jeder einzelnen Sache, und es kann im Allgemeinen kein summum derselben erfündigt werden.

Der Beweis a posteriori wird aber mehr Eindruck machen, und mich vor dem Vorwurfe einer Uebertreibung sichern. Zu diesem Zwecke nehme ich Oberappellationsgerichts-Acten einer einzigen Sache zur Hand, die mich weiterer Beweise entheben werden. Es führen solche Acten das Rubrum:

Kerl contra Kerl.

In solcher Sache haben, in dem Zeitraume vom Jahr 1816 bis 1823, 8, schreibe acht, vollständige Instanzenzüge, also mindestens 24, schreibe zwanzig vier, Instanzen und eben so viele Urtheile stattgehabt: und zum Beweise, daß ein die Parteien wirklich scheidendes Endurtheil noch sehr weitaussehend sey, und erst noch von fern vorbereitet werde, setze ich das in der achten Oberappellations-Instanz erfolgte Zwischenurtheil hierher.

Es lautet: „ — — erkennt das Oberappellationsgericht den ferner ergangenen Acten nach für „Recht: daß

„ad gravamen 1) nicht, wie geschehen, die von „dem Appellanten aufgestellte Nutzungs-Berechnung „zu verwerfen, und ein Beweis durch Sachverständige „anzuordnen, sondern auf der Parteien Angaben in „der Berechnung sowohl als den Erinnerungen da- „gegen, und weiterer Verhandlungen darüber, in er- „ster Instanz was Rechtens zu erkennen „sey; und wie die Compensation der Nutzungen von „den Grundstücken, welche die Parteien gegenseitig ein-

„ander abgetreten haben, ohne besondere Ausmittelung  
 „und Berechnung derselben, allerdings nicht statthaft  
 „ist, Appellant die noch rückständige Nutzungs-Be-  
 „rechnung von den der Appellatin abgetretenen Grund-  
 „stücken, binnen 4 Wochen sub praejudicio, bei  
 „dem Gerichte erster Instanz nachzubringen schuldig sey:“

„ad gravamen 2) der Appellant mit seiner Lohn-  
 „forderung noch zur Zeit nicht abzuweisen, sondern  
 „Beweis nachzulassen sey, und zwar

„a) dem Appellanten: daß er in den Jahren  
 „1787 bis 1810 die Administration der elterlichen  
 „Deconomie besorgt, seine Ehefrau auch in den Jah-  
 „ren 1800 bis 1810 dem innern Haushalte vorge-  
 „standen, dieser in solcher Zeit eines besonderen Ad-  
 „ministrators und einer besonderen Haushälterin be-  
 „dürft habe, und das solchergestalt von seinen Eltern  
 „ersparte Lohn jährlich respective 50 und 30 Thlr.  
 „betrage;

„b) der Appellatin aber: daß solches Lohn dem  
 „Appellanten und dessen Ehefrau, außer der ihnen  
 „verabreichten Beföstigung, vergütet worden.“ u. u.

Den übrigen ebenfalls interlocutorischen Inhalt  
 dieses Urtheils darf ich hinweglassen, weil ich schon  
 überhin bewiesen habe, was ich beweisen wollte.

Daß seit diesem letzten Interlocute und bis jetzt  
 nicht schon die neunte, zehnte u. Oberappellation ein-  
 gekommen ist, davon liegt der Grund in der durch  
 den Proceß herbeigeführten Verarmung einer Partei,  
 die keinen Sachführer mehr belohnen kann, und sich  
 um die jura pauperum bewirbt.

Der mitgetheilte Urtheils-Inhalt zeigt es deutlich genug, daß dasselbe sehr verwickelte Rechtsverhältnisse zum Gegenstande hat: kommt nun aber zu einer solchen unvermeidlich schwierigen Vorbereitung des Endurtheils noch der gesetzwidrige wahre Krebsgang der ewigen Verweisungen zur nochmaligen Entscheidung an die Gerichte erster Instanz; so muß das Recht im Proceß sein Grab finden.

Verschleppung und Vertheuerung der Justiz ist zwar der Haupttadel dieser Praxis, es ist aber nicht der einzige: denn gewöhnlich bewirkt sie zugleich einen Gewissenszwang des vorigen Richters. Dies ist immer der Fall, wenn der Unterrichter die Ansichten des reformirenden Oerrichters sich nicht aneignen kann: oder wenn durch das reformatorische Interlocut nicht zugleich die Hauptentscheidung bedingt, oder *sententia definitiva conditionata* ausgesprochen, mithin dem eigenen Urtheile des Unterrichters irgend ein freier Spielraum gelassen ist. Er muß alsdann, seinem Amte gemäß, nach seiner eigenen Ueberzeugung erkennen, wenn er gleich vorherseheth, daß das oberste Gericht die Entscheidung mißbilligen werde. In diese Lage setzt — z. B. — das eingevückte Oberappellationsgerichts-Urtheil den Unterrichter durch das *ad gravamen* 1) ertheilte Interlocut. Es hatte der Unterrichter eine aufgestellte Nutzungsberechnung gänzlich verworfen: und nun soll er in einem andern Erkenntnisse über den Inhalt derselben nochmals einen Rechtspruch ertheilen! Seine Ueberzeugung hat er schon ausgesprochen, und nun soll er

nochmals, und also gegen seine Ueberzeugung entscheiden: er soll über die einzelnen Gegenstände einer Berechnung entscheiden, deren Gesammtheit er schon mit Ueberzeugung verworfen hat.

Bei solchen abgezwungenen nochmaligen und abermaligen Entscheidungen ist die Nothwendigkeit eines neuen Recurses zum Oerrichter vorherzusehen, und wenn auch das menschliche Streben, einer, wenn gleich vom Oerrichter mißbilligten, Rechtsüberzeugung per indirectum den Sieg zu verschaffen, bei der nochmaligen Entscheidung auf den Unterrichter nicht einwirkte.

Kommt nun zu jener unseligen Remissions-Maxime noch der übertriebene Begriff vom Rechte der ersten Instanz hinzu, wonach der Oerrichter über keinen relevanten Angriffs- oder Bertheidigungs-Punct zuerst erkennen will: und aus dieser Ansicht den Unterrichter nöthigt, über von demselben übersehene, oder wohl gar über vom Unterrichter als irrelevant beiseitegesetzte Exceptionen, Repliken &c. &c. mit seinem Urtheile vorauszugehen; so werden dadurch die reformatorischen Interlocute, und mit ihnen die Krebsgänge in der Rechtsprechung noch unsäglich vervielfältigt. Eine solche excentrische Idee vom Rechte der ersten Instanz bringt den Oerrichter dahin, nicht bloß ein angefochtenes Urtheil in seinem decisiven Theile ins Auge zu fassen, sondern auch in den Entscheidungs-Gründen nachzuforschen, ob auch dem Urtheile eine die ganzen Angriffs- und Bertheidigungs-Systeme umfassende Prüfung zum Grunde liege.

Der Obergerichter mag eine Sache zur Final-Entscheidung reif finden, so hält er sie dennoch zurück, und begnügt sich mit einer bloßen Suspension eines angefochtenen Urtheils, und der Anweisung des Unterrichters: z. E. „da eine (genannte) Replik nicht irrelevant sey, wie der Unterrichter geglaubt habe; so habe sich derselbe anvorderst noch über solche Replik auszusprechen <sup>1)</sup>.“

Ein solches Urtheil hat nicht die Eigenschaften eines Urtheils eines Appellations-Richters: denn es setzt kein Urtheil an die Stelle eines wirkungslos gemachten Urtheils — es suspen-

---

<sup>1)</sup> Das neueste Beispiel einer solchen unvollständigen Entscheidung enthält ein Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 12. Dec. 1826 in causa Bornum contra Biewende. Der Richter erster Instanz hatte definitiv entschieden. Aus den Entscheidungs-Gründen ergab sich, daß der Richter einen Replik-Beweis für irrelevant gehalten, und daher denselben keiner Prüfung unterworfen hatte. Das Oberappellationsgericht fand den Replik-Beweis relevant: statt aber selbst darüber zu erkennen, wurde vielmehr dem Unterrichter aufgegeben, auch den Replik-Beweis zu prüfen, und somit sein richterliches Urtheil zu vervollständigen. So muß also nunmehr der Unterrichter, seiner definitiven Entscheidung ungeachtet, nochmals entscheiden! Es kann keine vollständigere Entscheidung gedacht werden, als eine absolut definitive: an der obigen Entscheidung war daher nichts zu vervollständigen: und das Oberappellationsgericht hat daher nicht die Entscheidung, sondern die Entscheidungs-Gründe zu Gegenständen seiner Beurtheilung gemacht. Wie würde das Oberappellationsgericht so haben urtheilen können: wenn der Unterrichter seine Meinung über jenen Replik-Beweis in den Entscheidungs-Gründen nicht ausgedrückt, oder wenn er gar keine Entscheidungs-Gründe gegeben hätte! Wer müßte der Gerechtigkeit nicht wünschen: von einem solchen Instanzen-Rechte bald erlöset zu werden!

dirt oder cassirt nur, und übt zugleich jenen Gewissenszwang auf den Unterrichter aus.

Auch dieser neue Tadel trifft die Praxis unsers Oberappellationsgerichts. Seiner Beträchtlichkeit und seines Umfangs wegen, werde ich ihm ein besonderes Kapitel widmen müssen.

Zur Genüge glaube ich bewiesen zu haben, daß die Auslegung des §. 12. der Braunschweigischen Verordnung vom 3. Febr. 1814 — welche von der Appellations-Commission ausgegangen, und vom Oberappellationsgerichte beibehalten ist — ein großer Zweck der Gesetzgebung vereitelt werde. Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens unverwandt im Auge habend, wollte die Gesetzgebung die durch ein obrichterliches abänderndes Urtheil veranlaßt werdende weitere Proceßinstruction vom Unterrichter besorgt wissen; die weitere Entscheidung entzog sie aber dem Obrichter nicht, indem sie darüber schwieg, und also *legem correctoriam* nicht aussprach.

Könnte es aber auch durch die Fassung der Gesetzstelle vollkommen entschuldigt werden, daß man eine nicht ausgesprochene correctorische Bestimmung ins Gesetz hineindeutete: ja wäre die Gesetzgebung sogar gemeinet gewesen, auch die weitere Entscheidung an den Richter erster Instanz zu verweisen; so würde dies keine Einwirkung auf meine Darstellung einer Krankheit des Processes haben; ich habe die Verpflichtung der Gesetzgebung ausgeführt, eine Justiz-Verfchleppung nicht länger zu dulden, mag diese dem obersten Gerichte oder der Redaction des Gesetzes,

oder — wie es scheint — beiden in gleichem Maaße zum Vorwurfe gereichen.

Bei den Entwürfen der Gesetze über die Competenz des Oberappellationsgerichts für die in ihm vereinten Fürstenthümer hat jene Braunschweigische Verordnung vorgelegen: die geschilderte Praxis ist aber nicht geahnet worden, weil sonst Vorkehrung dagegen getroffen seyn würde.

Die Waldeckischen und Lippischen Verordnungen schweigen über diesen Punct.

Die Schaumburg-Lippische Verordnung vom 1. März 1817 sagt aber §. 10: „die Vollstreckung „der in Sachen hiesiger Landes-Untertanen bei dem „gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte gesproche- „nen Urtheile verbleibt den Obergerichten hiesigen Lan- „des, an welche Erstere, mit Zurücksendung der Ac- „ten, dieselbe verweisen wird.“ Hätte bei dem Entwurfe dieser Verordnung vermuthet werden können, daß das Oberappellationsgericht nach gesprochenem Urtheile ohne Ausnahme die Sachremission verfüge; so würde man sich obige, alsdann überflüssige, Bestimmung nicht beschränkt haben.

Die Schaumburg-Lippischen Gerichte haben einen Auswuchs jener Remissions-Maxime in einer Sache erfahren, deren Acten rubricirt sind:

„Rust contra Gernand.“

Die Landesgerichte erster und zweiter Instanz hatten in solcher Sache den Kläger definitiv abgewiesen: das Oberappellationsgericht fand aber den Punct der legitimatio ad causam des Klägers



nicht in gehöriger Ordnung: statt nun selbst auf diesen Punct einzugehen, und sodann in der Hauptsache zu erkennen; wurde vielmehr — mit bloßer einstweiliger Suspension der angefochtenen Urtheile — dem Richter erster Instanz das Erkenntniß über jenen Punct aufgegeben.

---

## Subscribenten = Verzeichniß \*).

---

Seine Hochfürstliche Durchlaucht der regierende Fürst  
Georg Heinrich zu Waldeck und Pyrmont.

### A.

- Herr Justizrath Achtermann zu Holzminden.
- Hofgerichts-Procurator Alberti zu Gorbach.
  - Actuar Albrecht zu Eschershausen.
  - Consistorial-Director Alburg zu Wolfenbüttel.
  - Rath Antze zu Detmold.

### B.

- Herr Advocat Bach zu Holzminden.
- Hofrath Ballenstedt zu Wolfenbüttel.
  - Canzlei-Director Ballhorn = Rosen zu Detmold.
  - Dr. juris Bauer zu Moningen.
  - Advocat Baum zu Hilbesheim.
  - Kreisamtmann Baumgarten zu Wolfenbüttel.
  - Kreisamtmann Bege zu Helmstedt.
  - Bürgermeister Berensbach zu Einbeck.
  - Geheimrath von Berg zu Lauenburg.
  - Hofrath Bergmann zu Göttingen.
  - Advocat und Canzlei-Procurator Beste zu Celle.
  - Oberhauptmann Beynroth zu Helmstedt.

Die Bibliothek der Fürstl. Regierung zu Krossen.

Die Bibliothek der juristischen Lesegesellschaft zu Krossen.

---

\*) Die Vervollständigung dieses Verzeichnisses wird für den zweiten Theil vorbehalten.

- Die Bibliothek der Fürstl. Regierung zu Bückeburg.  
 Die Bibliothek der Fürstl. Justiz-Canzlei zu Bückeburg.  
 Die Bibliothek des Fürstl. Consistoriums zu Bückeburg.  
 Die Bibliothek der Fürstl. Rentcammer zu Bückeburg.  
 Die öffentliche Bibliothek zu Detmold.  
 Die Herzogliche Bibliothek zu Wolfenbüttel.  
 Die Bibliothek des Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel.  
 Die Bibliothek des Landesgerichts zu Wolfenbüttel.  
 Die Bibliothek des Districtgerichts zu Wolfenbüttel.  
~~Herr Propst und Bibliothekar Plagel zu Gelle,~~ für die Bibliothek des Königl. Oberappellationsgerichts.
- Magistrats-Director Bode zu Braunschweig.
  - Landes-Steuer-Rath Böhlken zu Braunschweig.
  - Borchers zu Braunschweig.
  - Stadtgerichts-Assessor Brandis zu Hilbesheim.
  - Stadtsecretär Brandis zu Hilbesheim.
  - Advocat Brandis zu Hilbesheim.
  - Oberappellationsgerichts-Procurator Bratenahl zu Wolfenb.
  - Oberappellationsgerichts-Procurator Dr. Breben zu Gelle.
  - Stadtsecretär Brehl zu Osterode.
  - Districtgerichts-Assessor Breymann zu Sandersheim.
  - Kreisamts-Actuar Breymann zu Schöningen.
  - Kreisamtmann Brindmeier zu Wolfenbüttel.
  - Kreisamtmann Brindmeier zu Scheppensfeldt.
  - Justizrath Brumhard zu Krossen.
  - Dr. jur. Bruns zu Wolfenbüttel.
  - Advocat Buhl zu Corbach.
  - Cammerdirector von Bülow I. zu Braunschweig.
  - Cammerdirector von Bülow II. zu Braunschweig.
  - Geh. Justizrath und Cammerherr von Bülow zu Braunschweig.
  - Advocat Durchhard zu Blankenburg.
  - Canzlei-Secretär Burggraf zu Göttingen.
  - Dr. jur. Bussenius zu Moringen.
  - Actuar Bussiuss zu Greene.

## C.

Herr Districtsgerichts-Assessor Cleve zu Helmstedt.

- Districtsgerichts-Auditor Cleve zu Sandersheim.
- Stadtgerichts-Secretär Cludius zu Hildesheim.
- Justizrath Conradi zu Göttingen.
- Kanzlist Cramm zu Helmstedt.
- Advocat Cunk zu Blankenburg.
- Justizamtmann Curke zu Pyrmont.

## D.

Herr Stadtgerichts-Secretär Dankworth zu Wolfenbüttel.

- Hofrath Debekind zu Wolfenbüttel.
- Stadtrath Debekind zu Wolfenbüttel.
- Professor Debekind zu Braunschweig.
- Advocat Deichmann zu Salzderhelden.
- Stud. jur. Deichmann zu Sandersheim.
- Rath und Cammerconsulent Dr. Denecke zu Gelle.
- Cammerer Dieckmann zu Helmstedt.
- Hofgerichts-Secretär Dreves zu Detmold.

## E.

Herr Dr. und Advocat Eberhardt zu Göttingen.

- Districtsgerichts-Actuarius Eggers zu Wolfenbüttel.
- Advocat E. A. Eickemeyer zu Eintr.
- Advocat F. W. Eickemeyer zu Einbeck.
- Kreisamtmann Eigner zu Sandersheim.
- Stadtsecretär Emperius zu Braunschweig.
- Oberappellationsgerichts-Procurator Engelbrecht zu Wolfenbüttel.
- Geh. Hofrath und Hofgerichts-Director Engelhard zu Gorbach.
- Kanzleirath Ernst zu Detmold.
- Rath Ernst zu Detmold.
- Geh. Justizrath Eschenburg zu Braunschweig.

## F.

Herr Cammer-Secretär Fein zu Braunschweig.

- Dr. jur. Ferber zu Helmstedt.

Herr Rentmeister Fischer zu Hilbesheim.

- Dr. jur. Flügge zu Hilbesheim.
- Dr. jur. und Canzlei-Procurator Freudentheil zu Stade.
- Frankenseldt zu Debitfelde.
- Dr. jur. Freitag zu Osterode.
- Dr. jur. Fricke zu Braunschweig.
- Landcommissär Fricke zu Scheppensfeldt.
- Advocat Frieze zu Wolfenbüttel.
- Bürgermeister Froese zu Alfeld.
- Dr. jur. Heinr. Frühling zu Braunschweig.
- Canzlar von Funck zu Detmold.

G.

Herr Kreisamtmann Gärtner zu Hasselfelde.

- Advocat Gans zu Celle.
- Dr. jur. Gauen zu Hilbesheim.
- Stadt-Syndicus Gebert zu Göttingen.
- Hofrath Geitel zu Wolfenbüttel.
- Cammerrath Geller zu Braunschweig.
- Districtsgerichts-Assessor Geller zu Helmstedt.
- Kreisamtmann Geseinius zu Helmstedt.
- Advocat Gerhard zu Holzminde.
- Advocat Giesecke zu Schöningen.
- Advocat Giesecken zu Corbach.
- Advocat von Glümer zu Blankenburg.
- Procurator Götting zu Hilbesheim.
- Polizei-Director Gravenhorst zu Braunschweig.
- Amtmann Grebe zu Hilbesheim.
- Stadtgerichts-Assessor Groscurd zu Braunschweig.
- Advocat Grottrian zu Braunschweig.
- Oberappellationsgerichts-Rath Günther zu Wolfenbüttel.

H.

Herr Canzlei-Director Hagemann zu Celle.

- Regierungsrath Hagemann zu Krosen.
- Auditor Hagemann zu Blankenburg.

**Herr Kanzlei-Procurator Haltermann zu Stade.**

- Hofgerichtsrath von Hanleben zu Gorbach.
- Stadtgerichts-Assessor Harbeck zu Hildesheim.
- Geh. Cammerrath von Hantelmann zu Braunschweig.
- Advocat Harbeck zu Hildesheim.
- Dr. jur. Harding zu Einbeck.
- Dr. jur. Harßleben zu Königsutter.
- Kanzlei-Procurator Dr. Hartmann zu Hildesheim.
- Auditor Hartmann zu Braunschweig.
- Auditor Hartung zu Blankenburg.
- Advocat Haspelmacher zu Helmstedt.
- Consistorial-Secretär Hassel zu Wolfenbüttel.
- Justizrath von Heinemann zu Helmstedt.
- Advocat Heinemann zu Hildesheim.
- Stadtgerichts-Secretär Heinzmann zu Einbeck.
- Dr. jur. Helmboldt zu Hildesheim.
- Cammer-Director Helwing zu Detmold.
- Advocat Helwolt zu Moringen.
- Stadtgerichts-Secretär Henke zu Braunschweig.
- Advocat Henke zu Hildesheim.
- Hofrath Hettling zu Wolfenbüttel.
- Justizrath Herweg zu Blankenburg.
- Dr. jur. Höbel zu Helmstedt.
- Districtsgerichts-Assessor Hoffmeister zu Braunschweig.
- Advocat Hollandt zu Braunschweig.
- Stadtsyndicus Hübener zu Einbeck.
- Stifts-Secretär Hübener zu Einbeck.
- Advocat G. H. E. Hübener zu Hildesheim.
- Kanzlei-Procurator Hübner zu Hildesheim.
- Senator Hübner zu Hildesheim.
- Kanzlei-Auditor von Hugo zu Hildesheim.

### J.

**Herr Districtsgerichts-Auditor Jenner zu Wolfenbüttel.**

- Landtsyndicus Jilling zu Hildesheim.
- Amts-Assessor von Jiten zu Alfeld.

Herr Garnison=Auditor Isenbart zu Einbe.

• Stadt=Secretär Jürgens zu Helmstedt.

### K.

Herr Kreisamtmann Käufer zu Königsutter.

• Actuarius von Kalm zu Wehde.

• Stud. jur. Keidel zu Gandersheim.

• Districtsgerichts=Auditor Kerll zu Gandersheim.

• Oberamtmann Kern zu Osterode.

• Canzleirath Kestner zu Detmold.

• Regierungs- und Hofgerichts=Rath Klapp zu Gorbach.

• Doctor Klapp zu Pyrmont.

• Rath und Oberamtmann Kleinschmidt zu Krosen.

• Justizrath Carl Kleinschmidt zu Wildungen.

• Advocat Carl Kneuper zu Krosen.

• Advocat Knittel zu Wolfenbüttel.

• Rath Knoch zu Detmold.

• Kreisamtmann Koch zu Braunschweig.

• Justizamtmann König zu Blomberg.

• Justizamtmann König zu Stadthagen.

• Dr. jur. König zu Osterode.

• Geh. Cabinetsrath Krenshier zu Krosen.

• Amts=Auditor Krohn zu Detmold.

• Auditeur Krüger zu Braunschweig.

• Oberamtmann Kubel zu Wolfenbüttel.

• Staats=Auditeur Kubel zu Braunschweig.

• Kreisamtmann Kuhn zu Calber.

• Kreisamtmann Kühne zu Greene.

• Dr. jur. Kühne zu Gandersheim.

### L.

Herr Stadtgerichts=Assessor Lampe zu Braunschweig.

• Advocat Langenheim zu Braunschweig.

• Regierungsrath Langerfeldt zu Bückeburg.

• Advocat Langerfeldt zu Wolfenbüttel.

• Rath Lastrop zu Braunschweig.

Herr Advocat Leдебур zu Braunschweig.

- = Rath und Oberappellationsgerichts-Secretär Leiffe zu Wolfenbüttel.
- = Landesgerichts-Procurator Leiffe zu Wolfenbüttel.
- = Landesgerichts-Secretär Leiffe zu Wolfenbüttel.
- = Kreisamtmann Lerche zu Blankenburg.
- = Dr. Advocat Leschen zu Celle.
- = Kreisamtmann Lilly zu Braunschweig.
- = Sänglei-Assessor Lindelof zu Odenburg für die juristische Lesegesellschaft daselbst.
- = Vice-Syndicus Stadtrichter Dr. Lünkel zu Hilbesheim.

### M.

Herr Oberappellationsgerichts-Rath Mackensen zu Wolfenbüttel.

- = Doctor Mansfeld zu Wolfenbüttel.
- = Advocat Markwort zu Seesen.
- = Stadtgerichts-Assessor Matthia zu Braunschweig.
- = Regierungsrath von Meien zu Detmold.
- = Dr. jur. Ernst Meier zu Braunschweig.
- = Actuarius Mengen zu Helmstedt.
- = Districtsgerichts-Auditor Mengen zu Gandersheim.
- = Advocat Merkel zu Dassel.
- = Hofgerichts-Procurator Merle zu Gorbach.
- = Oberappellationsgerichts-Rath Meyenberg zu Wolfenbüttel.
- = Kreisamtmann Meyenberg zu Seesen.
- = Districtsgerichts-Actuar Meyenberg zu Gandersheim.
- = Oberappellations-Rath Meyer zu Celle.
- = Amts-Assessor Meyer zu Hilbesheim.
- = Dr. jur. Meyer zu Hilbesheim.
- = Advocat Dr. Meyer zu Celle.
- = Advocat Meyer zu Helmstedt.
- = Bürgermeister Meywerth zu Osterode.
- = Kreisamtmann Mitgau zu Gandersheim.
- = Rath und Oberappellationsgerichts-Secretär Moritz zu Wolfenbüttel.



Herr Oberappellationsgerichts-Procurator **Müller** zu **Seile**.

- Stadtgerichts-Secretär **Müller** zu **Braunschweig**.
- Rath Dr. jur. **Müller** zu **Pymont**.
- Dr. jur. **Mumhard** zu **Helmstedt**.
- Cammerjunfer von **Münchhausen** zu **Braunschweig**

## N.

Herr Landrath **Neumann** zu **Krossen**.

- Justiz-Amtmann **Neufel** zu **Hagenburg**.
- Districtsgerichts-Actuar **Niemann** zu **Holzminde**.
- Dr. jur. **Niemeyer** zu **Northesm**.
- Gerichts-Amtmann **Nottmeier** zu **Liberhausen**.

## O.

Herr Postmeister **Oesterreich** zu **Seesen**.

- Landesgerichts-Procurator und Auditeur **Oesterreich** zu **Wolfenbüttel**.
- Advocat **Otto** zu **Blankenburg**.

## P.

Herr Dr. jur. **Pagel** zu **Hildesheim**.

- Cand. jur. **Carl Papen** zu **Pymont**.
- Advocat **Pechau** zu **Helmstedt**.
- Consistorial-Director **Pelicaus** zu **Hildesheim**.
- Regierungsrath **Petri** zu **Detmold**.
- Hofrath **Petri** zu **Braunschweig**.
- Canzlei-Secretär Dr. **Pfau** zu **Göttingen**.
- Rath und Regierungs-Assessor **Piderit** zu **Detmold**.
- Justizrath **Pini** zu **Braunschweig**.
- Kreisamtman **Pini** zu **Schöningen**.
- Kreisamtman **Pockels** zu **Eschershausen**.
- Cammersecretär **Pockels** zu **Braunschweig**.
- Hofrath von **Praun** zu **Wolfenbüttel**.
- Landyndicus **Pricelius** zu **Braunschweig**.
- Justizrath von **Pufendorf** zu **Göttingen**.
- Amts-Assessor von **Pufendorf** zu **Osterode**.

## R.

Herr Stadtrath Rabert zu Braunschweig.

- Bürgermeister Radecker zu Stadthagen.
- Dr. jur. Raven zu Einbeck.
- Districtsgerichts-Actuar Reckling zu Blankenburg.
- Justizrath Reck zu Gandersheim.
- Justizrath Reinhold zu Gelle.
- Hofrath Rhamm zu Wolfenbüttel.
- Districtsgerichts-Actuar Rhamm zu Braunschweig.
- Advocat Rhamm zu Wolfenbüttel.
- Cammerath Ribbentrop zu Braunschweig.
- Kreisamtmann Ribbentrop zu Helmstedt.
- Advocat Riekes zu Helmstedt.
- Kreisamtmann Riesel zu Bechelze.
- Cammer-Consulent Dr. Ritmeier zu Hilbesheim.
- Districtsgerichts-Assessor Rohde zu Holzminden.
- Oberappellationsgerichts-Rath du Roi zu Lüneb.
- Dr. jur. du Roi zu Braunschweig.
- Oberappellationsgerichts-Procurator Roloff zu Wolfenbüttel.
- Justizrath Rosenthal zu Wolfenbüttel.
- Actuar Rosenthal zu Salder.
- Auditor W. von Rosenstern zu Braunschweig.
- Candidat jur. F. von Rosenstern zu Holzminden.
- Advocat Rothschild zu Braunschweig.
- Dr. jur. Ruff zu Braunschweig.

## S.

Herr Kreisamtmann Sallentin zu Blankenburg.

- Stadt-Secretär Sander zu Stadthagen.
- Geheimerath und Oberappellationsgerichts-Präsident von Schleinitz zu Braunschweig.
- Hofrath von Schleinitz zu Wolfenbüttel.
- Geheimerath von Schmidt-Philsebeck zu Braunschweig.
- Advocat von Schmidt-Philsebeck zu Wolfenbüttel.
- Stadtgerichts-Auditor Schnabel zu Hilbesheim.

Herr Advocat Schönborn zu Gandersheim.

- Advocat Schönmann zu Wolfenbüttel.
- Advocat Schönian zu Lautenthal.
- Kreisamtmann Scholz zu Holzminden.
- Oberappellationsger.-Procurat. F. Scholz II. zu Wolfenbüttel.
- Polizei-Commissär Scholz zu Wolfenbüttel.
- Oberappellationsgerichts-Rath v. Schrader zu Wolfenbüttel.
- Sanklei-Procurator Schrader zu Hildesheim.
- Advocat Schreiber zu Hildesheim.
- Forst-Secretär Schröder zu Pyrmont.
- Consistorial-Rath Schuch zu Hildesheim.
- Kriegs-Assessor Schütte zu Braunschweig.
- Cammerrath Schütze zu Wolfenbüttel.
- Landesgerichts-Procurator Schütze zu Wolfenbüttel.
- Cammer-Assessor Schulz zu Braunschweig.
- Justizrath Schumacher zu Sackhausen.
- Advocat Schumann zu Krosen.
- Auditor Schumann zu Schöppenstedt.
- Dr. jur. Schwarz zu Einbeck.
- Candidat juris C. Schwarz zu Einbeck.
- Districtsgerichts-Auditor v. Schwalenberg zu Braunschweig.
- Advocat Seiffert zu Braunschweig.
- Advocat Sellens zu Hildesheim.
- Justizrath Severin zu Pyrmont.
- Actuar Sommer zu Walkenried.
- Advocat Sommer zu Blankenburg.
- Advocat Sonnenberg zu Braunschweig.
- Advocat Sonnenburg zu Holzminden.
- Oberappellations-Rath Spangenberg zu Gelle.
- Advocat Spangenberg zu Einbeck.
- Hofrath Spies zu Wolfenbüttel.
- Kreisamtmann Spies zu Ottenstein.
- Actuar Spies zu Holzminden.
- Geh. Rath u. Regierungs-Präsident v. Spilcker zu Krosen.
- Districtsgerichts-Auditor Spohr zu Gandersheim.

Herr Rath, Cammerconsulent **Starkemann** zu Stade.

- = Oberappellationsgerichts-Procurator **Steding** zu Wolfenbüttel.
- = Advocat **Stegmann** zu Gandersheim.
- = Advocat **Steinacker** zu Holzminden.
- = Dr. jur. von **Steinbrügge** zu Salzderhelden.
- = Actuar **Steinmann** zu Königslutter.
- = Advocat **Stöcker** zu Krossen.
- = Oberappellationsgerichts-Procurator **Stollberg** zu Wolfenbüttel.
- = Amtsauditor **Strack** zu Stadthagen.
- = Oberappellationsger. : Präsident **Freih. v. Stralenheim** zu Celle.
- = Geheimerath und Oberappellationsgerichts-Rath **von Strombeck** zu Wolfenbüttel.
- = Amtsaetuar von **Strombeck** zu Braunschweig.
- = Oberappellations-Rath **Stromeyer** zu Celle.
- = Dr. **Strümpel** zu Wolfenbüttel.
- = Regierungsrath **Suden** zu Oldenburg.

### I.

Herr von **Thielau** zu Braunschweig.

- = Advocat **Thoma** zu Königslutter.
- = Kreisamtmann **Topp** zu Holzminden.
- = Dr. und Advocat **Tuckermann** zu Göttingen.
- = Dr. juris **Twele** zu Osterode.
- = Advocat und Obergerichtsrath-Proc. **Twellmann** zu Blomberg

### II.

Herr Dr. juris **Ungewitter** zu Hilbesheim.

### B.

Herr Justizrath Dr. **Barnhagen** zu Krossen.

- = A. von **Bechelde** zu Helmstedt.
- = Hofjägermeister Graf von **Beltheim** zu Braunschweig.
- = Districtsgerichts-Actuar von **Beltheim** zu Wolfenbüttel.
- = Districtsgerichts-Assessor **Bogess** zu Wolfenbüttel.
- = Actuar **Bogler** zu Seesen.
- = Districtsgerichts-Actuar **Borwerf** zu Blankenburg.
- = Advocat **Borwerf** zu Coppenbrügge.

### 22.

Herr Oberamtmann Wahnschaffe zu Warberg.

- = Hofrath Waldeck zu Corbach.
- = Advocat E. Waldeck zu Corbach.
- = Stadtgerichts-Assessor Wegener zu Braunschweig.
- = Justizrath Weinhausen zu Hildesheim.
- = Landesgerichts-Präsident Weitenkampf zu Wolfenbüttel.
- = Amts-Assessor Werner zu Hildesheim.
- = Consistorial-Rath Westensee zu Wolfenbüttel.
- = ~~Advocat Westermann zu Eintracht.~~
- = Amtsauditor von Weyhe zu Hildesheim.
- = Advocat Wiedebusch zu Braunschweig.
- = Advocat Wiese zu Braunschweig.
- = Advocat Wiesenhausen zu Hildesheim.
- = Kreisamtmann Wilke zu Stadtholzen.
- = Stadt-Director Wilmerding zu Braunschweig.
- = Dr. jur. Willmerding zu Northeim.
- = Studiosus juris Adolph Windel zu Pyrmont.
- = Doctor von Windheim zu Pyrmont.
- = Canzlei-Rath Dr. Wippermann zu Blomberg.
- = ~~Advocat Wippermann zu Hagenburg.~~
- = Amts-Assessor Wipperfurth zu Moringen.
- = Advocat Witten zu Scheppenstedt.
- = Advocat Wolfram zu Hildesheim.
- = Dr. jur. Freiherr von Wolfframm zu Helmstedt.
- = Landesgerichts-Secretär Wolff zu Wolfenbüttel.
- = Districtsgerichts-Secretär Wolff zu Braunschweig.
- = Justizrath Wülfesfeld zu Celle.
- = Stadtgerichts-Auditor Dr. jur. Wülfesfeldt zu Hildesheim.

### 23.

Herr Stadtsyndicus Ziegemeier zu Hildesheim.

- = Dr. jur. Zippensfeldt zu Hildesheim.
- = Stadtgerichts-Secretär Zuckschwerdt zu Wolfenbüttel.
- = Amts-Auditor Zwickler zu Grödenburg.